This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Library Book

KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK
1447 3554

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE
DE LÉGISLATION
ET DE JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

La *Revue* se compose de quatre parties, placées chacune sous une direction principale : la législation civile sous la direction de M. TROPLONG ; la législation ancienne sous la direction de MM. Charles GIRAUD et ÉDOUARD LABOULAYE ; la législation pénale sous la direction de MM. FAUSTIN HÉLIE et ORTOLAN ; la législation administrative, commerciale et industrielle, la législation comparée et le droit dans ses rapports avec l'économie politique sous la direction de M. L. WOLOWSKI, fondateur de la *Revue*. Le compte-rendu mensuel des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, un bulletin bibliographique complet, un bulletin des travaux législatifs, et une *chronique* qui signale les faits les plus intéressants relatifs à la législation et à la jurisprudence, en France et dans les pays étrangers, s'ajoutent à l'ensemble de cette publication.

La *Revue* publie un examen critique de la jurisprudence des tribunaux, et principalement de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Ce travail est confié à MM. CHAMPIONNIÈRE et PONT, avocats à la Cour royale, pour la jurisprudence civile ; FAUSTIN-HÉLIE, pour la jurisprudence criminelle ; DUFOUR, avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'État, pour la jurisprudence administrative.

Un bulletin *mensuel* est destiné à l'analyse des principaux articles publiés dans les recueils périodiques consacrés à la science du droit dans les autres pays. MM. Édouard LABOULAYE, CHAUFFOUR, GINOULHIAC, RATHERY, KOENIGSWARTER et WOLOWSKI donnent spécialement leur concours à ce travail, qui embrasse les publications faites en Italie, en Espagne, dans le Portugal, en Allemagne, en Angleterre, aux États-Unis, en Hollande, en Belgique, en Pologne, en Russie et en Grèce.

La REVUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE comprend donc :

1° Une REVUE DE DROIT CIVIL, de philosophie et d'histoire de droit ;

2° Une REVUE DE DROIT ROMAIN et des législations anciennes ;

3° Une REVUE DE DROIT ADMINISTRATIF, COMMERCIAL, INDUSTRIEL, et de la législation dans ses rapports avec l'économie politique ;

4° Une REVUE DE DROIT PÉNAL ;

5° Une REVUE des publications de droit faites à l'Étranger ;

6° Le BULLETIN mensuel des séances de l'Académie des sciences morales et politiques ;

7° L'Examen critique des travaux législatifs.

Afin de consacrer à ces travaux l'espace qu'ils réclament, le cadre de ce recueil a été agrandi, *sans aucune augmentation* sur le prix de l'abonnement. La REVUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE paraît à la fin de chaque mois, par livraisons de cent vingt-huit à cent soixante pages d'impression. Elle est imprimée, *en caractères neufs*, sur papier *cavalier superfin collé*, et forme par an *trois* beaux volumes in-8° de cinq à six cents pages chacun.

La livraison de décembre 1844 a terminé le 21me volume de la *collection décennale* (depuis octobre 1843, jusqu'en décembre 1844). Avec la livraison de janvier 1845 commence une nouvelle série *décennale* de cette publication.

IMPRIMERIE DE HENNUYER ET TURPIN, RUE LEMERCIER, 24.
Batignolles.

Digitized by Google

89 h1

REVUE
DE LÉGISLATION
ET DE JURISPRUDENCE,

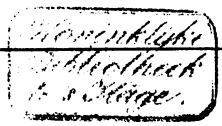
Publiée sous la Direction

De M. **L. WOLOWSKI**, avocat à la Cour royale de Paris, professeur de législation industrielle au Conservatoire des Arts et Métiers;
Et de M. **TROPLONG**, conseiller à la Cour de cassation, membre de l'Institut, POUR LA LÉGISLATION CIVILE;
De M. **CHARLES GIRAUD**, inspecteur général des Écoles de Droit, membre de l'Institut,
De M. **ÉDOUARD LABOULAYE**, membre de l'Institut, } POUR LES LÉGISLATIONS ANCIENNES.
De M. **FAUSTIN HÉLIE**, chef du bureau des affaires criminelles au ministère de la justice,
De M. **ORTOLAN**, professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris. } POUR LA LÉGISLATION PÉNALE.

11me Année. — Nouvelle Série.

ANNÉE 1845. — TOME TROISIÈME.

Septembre-Décembre 1845.



On s'abonne à Paris,

BUREAU DE RÉDACTION, RUE BERGÈRE, 21;
VIDECOQ PÈRE ET FILS, ÉDITEURS, PLACE DU PANTHÉON, 1.

1845

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE
DE LÉGISLATION
ET DE JURISPRUDENCE.

DE LA LOI
DU 29 AVRIL 1845 SUR LES IRRIGATIONS,
DANS SES RAPPORTS
AVEC LA LÉGISLATION ACTUELLE SUR LES COURS D'EAU.

Parmi les différentes questions qui ont depuis longtemps intéressé l'agriculture française, une des plus importantes est celle qui concerne l'amélioration de la législation des eaux dans ses rapports avec l'irrigation.

Si la France achète annuellement à l'étranger des matières animales pour une somme considérable[1], si, malgré cet emprunt fait à la production du dehors, la consommation individuelle en viande paraît, dans certaines localités de notre pays, insuffisante aux besoins de l'alimentation publique[2], si enfin la pénurie des engrais doit être regardée

[1] D'après le rapport de M. Dalloz sur la proposition d'Angeville (1843), il y aurait une différence de 99 millions au profit de l'importation dans la balance du commerce français pour les matières animales.

[2] M. d'Angeville a cité une observation remarquable relative à la débilité de constitution chez les habitants du département de la Haute-Vienne, dont la nourriture est principalement composée de châtaignes (*Moniteur* 1843, p. 1223.)

Digitized by Google

comme une des principales causes qui rendent nos terres arables impuissantes à fournir les céréales nécessaires à l'alimentation nationale [1], tous ces divers besoins ne semblent-ils pas chercher en effet un remède commun dans la solution satisfaisante de la question que nous venons de rappeler?

Les lacunes de notre législation sur les eaux sont anciennes; elles ont été depuis longtemps senties, et Prost de Royer les déplorait déjà dans le siècle dernier [2].

Le petit nombre d'articles consacrés dans le Code civil à cette matière témoigne assez hautement que le législateur moderne de la France ne s'est point imposé sérieusement la tâche de remplir, à cet égard, les lacunes de l'ancien droit.

Non-seulement les dispositions du Code à cet égard sont peu nombreuses, peu prévoyantes à favoriser l'usage des eaux et à en réprimer l'abus, mais encore elles manquent de précision et de clarté, se réfèrent à des règlements et à des usages locaux quelquefois difficiles à constater, et abandonnent à la controverse des jurisconsultes les questions les plus graves [3].

[1] M. Moreau de Jonnès a établi que, dans une période de vingt-sept ans, depuis 1816 jusqu'en 1843, il a fallu à la France un supplément annuel moyen de 800,000 hectolitres de froment, représentant une valeur de 17 millions et demi de francs.

[2] « Quelques règlements particuliers et un arrêt isolé du Parlement de Paris sur les aqueducs d'Issy, voilà donc, disait cet écrivain peut-être un peu trop sévère, à quoi se réduisent la législation et la jurisprudence françaises sur l'objet important des aqueducs. » Voy. *Observations sur le Code civil de Sardaigne*, par M. Portalis.

[3] L'administration en France n'a guère été jusqu'à ce jour plus soigneuse que la législation à l'égard des intérêts de l'irrigation; il eût été possible d'approprier la plupart des canaux de navigation à un service supplémentaire et simultané d'arrosement, ainsi qu'on le voit en Italie. Nous ne croyons pas que rien d'important ait été fait dans ce but.

Digitized by Google

Le Code rural, auquel il semblait réservé de réparer d'aussi fâcheuses lacunes, est resté au nombre des *desiderata* de la législation.

Une proposition faite en 1834 à la Chambre des députés, par MM. Aroux et Barbet, était destinée moins à innover qu'à résoudre diverses questions controversées sur le régime des eaux; elle renfermait quelques idées utiles; mais après, un rapport et un contre-projet exposés au nom d'une commission de la Chambre, elle tomba définitivement dans l'oubli[1].

L'attention était appelée cependant sur les dispositions prévoyantes et détaillées d'une législation voisine[2].

En 1841, M. d'Esterno adressa au Conseil général de l'agriculture un Mémoire et un projet de loi qui contenaient la proposition de diverses innovations législatives destinées à faciliter les entreprises d'irrigation et à faire fléchir devant l'intérêt de l'agriculture les droits rigoureux de la propriété.

Favorisées par divers rapports approbatifs de M. de Gasparin, dans le Conseil général de l'agriculture et la Conférence agricole de la Chambre des députés, les idées de M. d'Esterno ne furent acceptées cependant qu'avec restriction et en tant qu'elles pouvaient être circonscrites dans le principe déjà acquis à notre législation de l'expropriation pour cause d'utilité publique[3].

Ce fut sous cette formule très-simple qu'une proposition de M. d'Angeville soumit, en 1843, à la Chambre des députés, la pensée d'une innovation dans cette matière. La commission de la Chambre, dont M. Dalloz a été l'heureux

[1] *Moniteur* des 17 et 21 décembre 1834 et 2 juin 1835.

[2] *Observations sur le Code civil de Sardaigne*, par M. Portalis.

[3] Voy. Avis du Conseil général d'agriculture sur l'irrigation. — Mémoire présenté par M. d'Esterno, suivi de trois rapports de M. de Gasparin. Paris, 1842, p. 5 et 47 (art. 16).

Digitized by Google

et habile interprète, transforma cette idée en celle d'une servitude forcée de passage soumise à la sanction de l'autorité judiciaire, à l'exemple des coutumes de l'Italie supérieure et non sans quelque analogie avec l'une des propositions originairement faites à ce sujet par M. d'Esterno [1].

Sous cette forme nouvelle, l'adhésion progressive de la grande majorité des Conseils généraux deux fois consultés, la discussion et le vote des Chambres, la sanction royale ont successivement consacré l'innovation proposée. Elle est devenue la base d'une loi promulguée le 29 avril 1845.

Cependant on s'est préoccupé aussi de réformes plus générales à opérer dans la législation des eaux. La législation de l'Italie supérieure a été signalée comme un modèle offert à l'imitation de la France sous ce rapport [2]. En un mot, la loi nouvelle a été considérée comme la pierre angulaire d'un système d'améliorations plus étendu, plus complet.

Dans une situation pareille, il nous paraît utile de jeter un regard attentif sur le principe nouveau introduit dans notre législation civile.

Quelle est sa véritable portée? Comment doit-il se combiner avec les dispositions actuelles du Code civil?

Ce sont là des questions dont la solution, si elle était exacte, aurait pour double résultat de jeter quelque lumière sur l'interprétation d'une loi dont l'application doit entraîner plus d'un litige [3], et aussi d'éclairer les lacunes qui pourront subsister encore dans la législation des arrosements.

[1] Voy. Avis du Conseil général d'agriculture sur l'irrigation. — Mémoire présenté par M. d'Esterno, suivi de trois rapports de M. de Gasparin. Paris, 1842, p. 5 et 47 (art. 16).

[2] Rapport adressé à M. le ministre de l'agriculture et du commerce, par M. de Manny de Mornay, deuxième partie, p. 50.

[3] « Je crois, a dit M. le président Boullet à la tribune de la Chambre des

Digitized by Google

§ I. — ORIGINE ET LÉGITIMITÉ DE LA SERVITUDE LÉGALE D'AQUEDUC.

L'origine de la servitude d'aqueduc, nationalisée récemment en France par la loi du 29 avril 1845, appartient aux coutumes de l'Italie supérieure.

MM. Giovanetti et de Mornay pensent qu'une interprétation plus ou moins juste du droit romain lui a donné naissance.

Un fragment d'Ulpien est cependant expressément négatif d'une faculté semblable, à l'égard des bâtiments[1]; et Cæpolla qui paraît avoir contribué à l'établissement de la servitude légale d'aqueduc à Vérone ne la considère que comme une exception *statutaire* au droit commun[2].

Le seul fragment des jurisconsultes romains qui semble, à notre connaissance, avoir une affinité éloignée avec la servitude légale d'aqueduc est le § 15 de la loi 1re *D. de aqua et aquæ pluv. arcendæ*. Mais ce passage n'est relatif qu'à l'écoulement des eaux pluviales. Il permet seulement de faciliter cet écoulement par des ouvrages dans l'intérêt de la culture: *agri colendi causa*.

C'est sans doute aux besoins agricoles, aux influences du climat, aux circonstances hydrographiques qu'il faut attribuer la plus grande part dans le développement de ce droit particulier propagé, suivant le progrès de la civilisation, dans cette région de l'Italie où les glaciers des Alpes versent avec

pairs, que la loi donnera lieu à de nombreux procès; il est difficile que les parties se fassent une juste idée de leurs droits et de leurs devoirs. Je crois que, dans les premiers temps, les tribunaux eux-mêmes seront fort embarrassés d'appliquer la loi. » (*Moniteur*, 1845, p. 1046.)

[1] Loi 29, § 1, *D. ad leg. aquiliam.*

[2] Bartholomæi Cœpollæ, *Tractatus de servitutibus*, lib. I, cap LXIX, § 3; lib. II, cap. IV, § 69.

Digitized by Google

abondance et régularité des eaux dont la chaleur du soleil accroît spécialement le prix.

Les constitutions de Milan, antérieures au douzième siècle, consacrent la faculté de conduire l'eau *à travers les champs, les possessions et même les canaux d'autrui*, moyennant le payement du sol occupé par la conduite d'eau, d'un quart en sus de ce prix, et la réparation des dommages causés au fonds servant s'il a lieu. Plus tard, et dans le seizième siècle, cette jurisprudence, d'abord restreinte au territoire de Milan, est étendue par Charles V à tout le duché [1].

Dans l'intervalle de temps qui s'écoule entre ces deux époques, le droit d'aqueduc est introduit dans le statut de Vérone, sous la condition d'une indemnité double de la valeur du sol occupé. Ce statut, présenté au gouvernement vénitien par deux commissaires véronais, les jurisconsultes Peregrinus et Cœpolla, est approuvé par le doge en 1455 [2].

Une constitution de Charles-Emmanuel établit, en 1584, la même servitude dans le Piémont [3]. Mais le prix de l'indemnité n'est plus que d'un huitième en sus de la valeur du sol couvert par l'aqueduc.

Implanté dans le nord de l'Italie, ce droit n'y est qu'un instant suspendu par l'invasion française. Le décret impérial du 20 avril 1804 [4], en rétablit bientôt l'usage que la ju-

[1] Rapport au ministre de l'agriculture et du commerce, par M. Manny de Mornay, p. 23 à 26 : divers textes y sont cités.

[2] M. de Sclopis pense que Cœpolla fut l'auteur du projet de ce statut. M. de Sclopis a donné le texte du statut entier dans son remarquable travail sur la législation piémontaise en matière d'irrigation, traduit en allemand par les rédacteurs de la *Revue critique de jurisprudence et de législation étrangère*, publiée à Heidelberg, t. XVI, p. 382.

[3] *Leggi e costituzioni*, t. II. Torino, 1770, p. 460.

[4] Voy. le texte de ce décret dans l'ouvrage de M. de Mornay, deuxième partie, p. 41.

Digitized by Google

risprudence autrichienne respecte dans la Lombardie[1], que de nouveaux Codes confirment dans les États sardes et dans le duché de Parme[2].

Le droit d'aqueduc s'est propagé aussi au dehors de l'Italie, soit d'une manière spontanée, soit par imitation.

La Catalogne l'avait introduit dans ses anciennes constitutions[3].

Un statut du roi René, rendu dans le quinzième siècle et confirmé par Henri II, en 1547, en accorda l'exercice en Provence, moyennant convenable indemnité, non plus aux arrosants, mais aux propriétaires de moulins et engins[4]. On a cité des décisions des Parlements de Paris et de Provence qui en ont adopté le principe[5], et on assure qu'il est depuis longtemps appliqué dans le Comtat[6]. Enfin, la Corse n'aura fait que retrouver dans la loi sur les irrigations un de ses anciens statuts civils confirmés, en 1571, par l'autorité génoise, et dans lequel le droit d'aqueduc était appliqué à tous les besoins de la vie domestique, de l'agriculture et de l'industrie[7].

[1] Romagnosi, *Della condotta delle acque*, t. II, p. 380 et suiv. De Mornay, *Rapport au ministre*, p. 52.

[2] Code sarde, art. 622, 627, 630. L'art. 627 adopte l'augmentation du cinquième en sus de la valeur estimative du fonds. Le Code de Parme (article 57) adopte l'indemnité simple.

[3] Rapport de M. Dalloz sur la proposition d'Angeville.

[4] Dubreuil, *Analyse de la législation des eaux*, t. I, p. 335.

[5] Bretonnier sur Henrys, l. IV, quest. 149, cite un arrêt du Parlement de Paris du 7 septembre 1696 dans ce sens. M. le député Gillon a indiqué un arrêt d'Aix de 1798 (*Moniteur* de 1845, p. 318).

[6] Voy. discours de M. le ministre de l'agriculture à la Chambre des pairs (*Moniteur*, p. 1045).

[7] Voici ce que nous empruntons, par voie de traduction, au chapitre 40 des *Statuti civili e criminali di Corsica, pubblicati da Gio. Carlo Gregori. Lione*, 1843, p. 56. « Ceux qui voudront conduire l'eau à leurs terres,

Digitized by Google

Lorsqu'une disposition légale a traversé l'épreuve d'une application aussi variée et aussi durable en même temps, il est difficile de la considérer comme incompatible avec les principes généraux de la législation civile. On a cependant, lors de la discussion de la loi nouvelle, représenté le droit d'aqueduc comme une atteinte illégitime au droit inviolable de la propriété; on a dit qu'il ne pouvait être justifié ni par une nécessité rigoureuse comme le droit de passage accordé par le Code civil au propriétaire du fonds enclavé, ni par un résultat évident d'utilité publique.

Ces dernières observations, relatives à la différence qui existe entre un intérêt d'irrigation et les motifs ordinaires de l'expropriation pour cause d'utilité publique, n'étaient point inexactes; mais elles ne pouvaient créer, ce nous semble, un obstacle absolu à l'introduction du droit d'aqueduc dans notre législation. Sans doute l'utilité d'un canal d'irrigation isolé est restreinte de sa nature. Un ouvrage de ce genre n'a pas le caractère d'un chemin public ouvert à tous les citoyens, profitable éventuellement à tous. Mais, si l'on considère l'ensemble des aqueducs que la loi nouvelle peut faire établir, l'accroissement dans la circulation des eaux que toute la superficie d'un grand pays peut en attendre, n'est-il pas vrai qu'il y a là, dans la combinaison d'un grand nombre d'intérêts privés, l'intérêt public le plus sérieux et le plus légitime? Nous ne voulons pas sans doute répéter tous ce qu'on a dit dans la discussion des Chambres sur les dérogations à l'in-

moulins ou maisons, ne pourront en être empêchés, à moins que cette prise d'eau n'apporte dommage à quelqu'un qui s'en sert ou qui y aurait quelque droit; si quelqu'un veut amener l'eau à ses terres, maisons ou moulins à travers les terres ou les possessions du voisin, il ne peut en être empêché par celui-ci, pourvu qu'il lui paye l'amende ou le dommage qui sera évalué par le juge après une information faite par deux experts, choisis par chacune des parties. »

Digitized by Google

violabilité de la propriété contenues dans les lois sur les desséchements et sur les mines: mais si l'on descend dans la sphère la plus vulgaire et la plus usuelle du droit civil, au milieu des règles les plus élémentaires du voisinage des bâtiments, ne faut-il pas reconnaître que le droit d'acquisition forcée de la mitoyenneté des murs et du sol sur lequel ils sont bâtis (art. 661, C. civ.) est lui-même une petite brèche à la rigueur absolue du droit de propriété?

Toute objection dirigée contre la constitutionnalité de la loi nous paraît donc dépourvue de fondement.

Ce qu'on a dit de son insuffisance est à nos yeux plus grave. Il est permis de regretter peut-être ce système de législation qui semble se former par de minces *stratifications* ajoutées successivement. Il est naturel de désirer plus d'ensemble et de portée dans les conceptions législatives. Mais les divergences, les *tiraillements* des discussions parlementaires permettent difficilement de former d'un seul jet, dans un milieu si agité, des lois systématiques et complètes. L'isolement, et par suite peut-être la faiblesse du principe unique qui constitue la loi nouvelle, ne doit donc pas être une fin de non-recevoir absolue contre son mérite. Il vaut mieux en attendre le complément du temps et de l'expérience, et chercher, dans sa saine application, le bien restreint dont elle peut porter le germe. Sur ce terrain, toutefois, nous avons à regretter encore de trouver les rapports de la loi nouvelle avec le Code civil très-imparfaitement réglés et subordonnés dans leurs joints essentiels à des controverses indécises[1]. Si nous devons signaler à regret des difficultés

[1] « Il semble, dit M. Daviel, que les auteurs de la loi aient évité à dessein de se rendre un compte exact du droit des riverains sur les eaux des petites rivières. Ils ont fait leur loi sans en poser les bases, par un sentiment d'impuissance ou de timidité, laissant aux tribunaux le soin de régler toutes les questions de principes. » *Commentaire de la loi sur les irrigations*, p. 14.

Digitized by Google

ou des lacunes, nous chercherons au moins par nos efforts à diminuer la tâche de la jurisprudence qui devra les combler, et que d'estimables écrivains ont déjà entreprise.

§ II. — EXPOSÉ DE LA LOI NOUVELLE SUR LES IRRIGATIONS.

La loi sur les irrigations ne se compose que de cinq articles. Trois sont destinés à régler les conditions générales de la servitude d'aqueduc; le quatrième est relatif à la compétence, et le dernier est purement conservatoire des lois existantes sur la police des eaux. Ces articles sont ainsi conçus :

Art. 1er. Tout propriétaire qui voudra se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir le passage de ces eaux sur les fonds intermédiaires, à la charge d'une juste et préalable indemnité.

Sont exceptés de cette servitude les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations.

Art. 2. Les propriétaires des fonds inférieurs devront recevoir les eaux qui s'écouleront des terrains ainsi arrosés, sauf l'indemnité qui pourra leur être due.

Seront également exceptés de cette servitude les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations.

Art. 3. La même faculté de passage sur les fonds intermédiaires pourra être accordée aux propriétaires d'un terrain submergé en tout ou en partie, à l'effet de procurer aux eaux nuisibles leur écoulement.

Art. 4. Les contestations auxquelles pourront donner lieu l'établissement de la servitude, la fixation des parcours de la conduite d'eau, de ses dimensions et de sa forme, et les indemnités dues soit au propriétaire du fonds traversé, soit à celui du fonds qui recevra l'écoulement des eaux, seront portées devant les tribunaux qui, en prononçant, devront concilier l'intérêt de l'opération avec le respect dû à la propriété.

Il sera procédé devant les tribunaux comme en matière sommaire, et s'il y a lieu à expertise, il pourra n'être nommé qu'un seul expert.

Art. 5. Il n'est aucunement dérogé par les présentes dispositions aux lois qui règlent la police des eaux.

Digitized by Google

Les articles qui précèdent l'expliquent non moins clairement que les motifs de la loi et les discussions des Chambres: c'est une simple servitude légale, non une expropriation véritable que les tribunaux pourront appliquer au profit de l'irrigation.

A cet égard, le législateur français a suivi l'exemple des Codes sarde et parmesan, qui ont placé l'un et l'autre le droit d'aqueduc sous la rubrique des *servitudes établies par la loi.*

La loi du 20 avril 1804, qui règle en Lombardie le droit d'aqueduc au profit des irrigations et des usines, dans son art. 52, ne précise pas rigoureusement le titre sous lequel ce droit peut être exercé ; il a été même interprété par Romagnosi comme constituant une sorte d'expropriation absolue au profit du dérivant[1].

La distinction à cet égard n'a d'importance que dans ses rapports avec l'application possible de l'art. 701 C. civ., au cas de servitude, et encore autant qu'on supposerait la prise d'eau anéantie (comme par le desséchement ou le changement de lit du ruisseau qui l'alimente): alors, en effet, le propriétaire du fonds servant rentrerait dans la libre disposition du terrain occupé par l'aqueduc, ce qui n'aurait pas lieu si le dérivant en était regardé comme propriétaire. « C'est, disait M. Dalloz, une servitude qui peut disparaître si les eaux tarissent, si le canal vient à être abandonné, s'il tombe en désuétude[2]. »

[1] Voici le texte italien de cet article, tel qu'il est reproduit par Romagnosi : *Della condotta delle acque*, t. I, p. 86.

« Chiunque intenda derivare acque private o pubbliche legittimamente possedute per agetti di agricoltura o per attivazione di macchine e opificij idraulici, puo condurle pel fondo altrui pagando il valore del terreno occupato dall' acquedotto, sponde, edifii, come ad indennizare il possessore di qualunque danno può derivare al fondo stesso. »

[2] *Moniteur* de 1845, p. 315.

Digitized by Google

M. Puvis, dans une brochure sur les *Avantages de l'irrigation*, M. Fournier, conseiller à la Cour royale de Limoges, dans un écrit sur le même sujet[1], avaient proposé l'adoption d'un minimum de contenance soit absolu, soit relatif pour le sol en faveur duquel la servitude serait réclamée.

M. Puvis voulait que le fonds à arroser eût cinquante fois plus d'étendue que la surface du canal et de ses hauts bords; M. Fournier qu'en ayant quarante fois cette étendue, la parcelle à arroser eût en même temps une contenance de 50 ares au moins[2].

Le législateur de 1845 a préféré à ces règles fixes le pouvoir en quelque sorte discrétionnaire des tribunaux. Les mots *pourra obtenir* dans l'art. 1er, ont, dans cette vue, été substitués aux mots *pourra réclamer*. M. Pascalis, auteur de cet amendement, a dit à ce sujet : « Il faut que les tribunaux aient toute latitude et qu'ils puissent, conformément à l'art. 645 du Code civil, concilier les intérêts de l'agriculture avec le respect dû à la propriété; ils examineront en conséquence s'il y a vraiment utilité pour l'agriculture et s'il ne résultera pas relativement un trop grand dommage pour la propriété de l'établissement de la servitude[3]. »

On ne peut nier que tout pouvoir facultatif ne puisse donner naissance à certains abus, et que celui qui est déféré ici à la magistrature ne soit en contraste avec le caractère habituellement impérieux et précis des lois qu'elle a mission d'appliquer. Cependant l'art. 645 contient déjà le germe de cette autorité un peu discrétionnaire au sujet des eaux. On

[1] *Bulletin de la Société royale d'agriculture, des sciences et des arts de Limoges*, t. XXI, p. 10 et suiv.

[2] Le Conseil général de l'Allier avait proposé le minimum d'un hectare pour la propriété arrosable. Procès-verbal de 1843, p. 63.

[3] *Moniteur* de 1845, p. 326.

Digitized by Google

n'en a point vu surgir d'inconvénients, et il est même permis de penser, vu la variété infinie des circonstances extérieures dans lesquelles les difficultés relatives aux cours d'eaux se produisent, qu'une latitude semblable à celle de cet article et de l'art. 1er de la loi nouvelle est presque une nécessité.

Nos tribunaux se trouveront, malgré le silence de la loi française, amenés à suivre comme une règle sage en cette matière, la disposition de l'art. 626 du Code de Sardaigne qui est ainsi conçu :

« Celui qui veut faire passer des eaux sur le fonds d'autrui doit justifier que l'eau dont il peut disposer suffit à l'usage auquel elle est destinée, et que le passage qu'il demande est, eu égard à l'état des fonds voisins, à la pente et aux autres conditions requises pour la conduite, le cours et la décharge des eaux, le plus convenable et celui qui causera le moins de dommage aux biens. »

Le droit d'aqueduc a été avec raison étendu par l'art. 3 de la loi aux desséchements comme aux irrigations. Ainsi la même faculté protégera la culture des prairies naturelles qui a besoin du secours de l'eau, et celle des autres produits qui repousse au contraire sa présence.

Au reste, cette extension du droit d'aqueduc n'est encore qu'un heureux emprunt fait à la législation de Sardaigne (art. 630).

Nous n'avons pas imité au contraire la disposition de cette législation qui permet au possesseur précaire d'exercer la servitude d'aqueduc (art. 627, C. Sarde), le *propriétaire* seul en est investi par l'art. 1er dont nous avons reproduit les termes.

Notre loi sur les irrigations a rejeté les indemnités exagérées qui, dans le système de la Lombardie et du Piémont, entravent l'exercice de la servitude d'aqueduc. Elle

Digitized by Google

leur a préféré l'indemnité simple, suivant la mesure des anciennes coutumes de la Catalogne et de la Corse, et du Code actuel de Parme[1]. Nous croyons qu'elle a fait ce choix sagement.

L'établissement du droit d'aqueduc, dans ses conditions les plus générales, constitue l'essence entière de la loi nouvelle. Le droit d'appui pour les barrages, cet allié naturel et capital de la servitude d'aqueduc, si l'on peut s'exprimer ainsi, a été rejeté des termes de la loi, malgré un amendement qui tendait à l'y introduire. Cette lacune est généralement regrettée et l'on doit espérer qu'elle sera comblée tôt ou tard.

Jusqu'alors le rejet de l'amendement de M. Lafarelle constitue la consécration de la jurisprudence en vigueur, négative du droit d'appui, sauf certaines nuances dans le caractère plus ou moins absolu attribué à cette interdiction[2].

La loi du 29 avril 1845 est en définitive un rouage simple mais nouveau, que la jurisprudence devra mettre pour ainsi dire *en engrenage* avec les divers ressorts de la législation existante sur les eaux. Cette harmonie réciproque, qui sera la loi de son mouvement et la mesure de sa puissance, ne s'établit pas cependant sans des difficultés sérieuses[3]. Aussi

[1] M. Puvis, dans sa brochure intitulée : *Des avantages de l'irrigation*, avait proposé d'assujettir l'exercice du droit d'aqueduc au payement d'une indemnité triple de la valeur du sol occupé par le canal. C'était là une rigueur sans précédents.

[2] Voy. Metz, 28 avril 1824. Sirey, 25, 2, 268. Rouen, 6 mai 1828. *Ibid.*, 28, 2, 347. Cassation, 1er décembre 1829. *Ib.*, 30, 1, 34. Dijon, 4 mai 1839, et Cassation, 12 mai 1840. *Ibid.*, 40, 1, 696. Les termes de certains de ces arrêts et l'autorité de Proudhon (*Traité du domaine public*, nos 1260 et 1443), combattus par Daviel (t. II, no 596), permettent cependant de soutenir l'exercice du droit d'appui légitime, s'il n'en résulte aucun dommage pour le riverain opposé. Voy. Dubreuil, t. I, p. 148.

[3] « Là, dit M. Daviel, se rencontreront les plus graves difficultés d'exécu-

Digitized by Google

une prévision exacte et détaillée des cas d'application de la loi nous paraît-elle constituer l'objet principal de toute étude en cette matière.

§ III. — DES DIVERS CAS D'APPLICATION DE LA LOI DU 29 AVRIL 1845.

La loi nouvelle fait du droit d'aqueduc un accessoire du droit de *disposer* d'une eau quelconque, naturelle ou artificielle (art. 1er). Cette formule est très-simple dans ses termes; mais un examen attentif de la jurisprudence relative à cette matière nous montrera aisément que le droit de disposer de certaines eaux est fort imparfaitement réglé par le Code civil. De là quelques difficultés depuis longtemps manifestées dans la jurisprudence. La loi nouvelle les résout-elle? non : elle les aggrave peut-être, à mesure qu'elle donne à quelques-uns de ceux qui n'ont qu'un droit controversé de disposer des eaux un moyen plus énergique de les attirer, moyen qui semble spécialement approprié à l'usage qui leur en est contesté ou même défendu.

On distingue en trois classes les eaux vives qui peuvent apporter à l'irrigation leur secours : ce sont les eaux des sources, celles des rivières non navigables ni flottables, enfin celles des rivières navigables ou flottables.

A l'égard des eaux de la première et de la troisième classe, le droit d'en disposer n'est guère l'objet d'un litige. « Pour celles-ci, a dit M. Passy, ni la propriété, ni l'usage n'en peut être contesté. Tout ce qui s'y rapporte repose sur des titres clairs et positifs et ne laisse aucun accès à la contradiction[1]. »

tion de la mesure nouvelle, et sur ce point ont été jetées dans la discussion beaucoup d'opinions contradictoires, sans que le législateur ait donné la règle à suivre. » *Commentaire*, p. 2.

[1] *Moniteur* de 1845, p. 734.

Digitized by Google

Le propriétaire du fonds où naît la source a le droit d'en disposer et même d'en abuser[1]. Dès lors il aura naturellement aussi le droit de transporter, par le véhicule de la servitude d'aqueduc, les eaux qui lui appartiennent, sur une propriété éloignée, pour l'irrigation de ses propres fonds ou de ceux auxquels il en aurait cédé l'usage.

Le droit à cet égard sera peu obscur. Toutefois, d'après la pensée, contestable en ce point, de M. Pascalis, il appartiendrait aux tribunaux de refuser l'exercice du droit d'aqueduc en ce cas, si les eaux qu'il s'agirait de transporter au loin étaient utiles à un propriétaire voisin, même dépourvu, quant à l'usage qu'il en fait, de titre ou de prescription[2].

Quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur le devoir de l'autorité judiciaire en ce cas, l'observation faite à ce sujet tend à limiter considérablement dans nos prévisions les avantages que l'on pourrait attendre de la servitude d'aqueduc appliquée aux sources. Les eaux de cette classe ont en général peu de volume. Le plus souvent, dans les pays où on les emploie le plus soigneusement à l'irrigation, elles sont insuffisantes aux besoins de l'héritage sur lequel elles naissent et ne présentent point de superflu pour des fonds plus éloignés. S'il en est autrement sur certains points, il arrive alors souvent que ces eaux profitent aux propriétaires des héritages inférieurs et divisent leurs bienfaits entre le terrain sur lequel elles naissent et l'héritage voisin. Dans ce

[1] Voy. sur ce point Daviel, t. II, p. 336, et les divers auteurs par lui cités. Proudhon, t. IV, *Du domaine public*. Devilleneuve et Carette, 40, 1, 207.

[2] *Moniteur*, p. 326. Si les tribunaux pouvaient restreindre le droit absolu du propriétaire de la source par la considération de l'intérêt, sans droit acquis, de son voisin, il est facile de comprendre que le droit d'aqueduc pourrait presque toujours être paralysé par une considération semblable en faveur du propriétaire du fonds traversé.

Digitized by Google

cas la production fourragère n'a rien à gagner au déplacement de ces eaux par l'intermédiaire du droit d'aqueduc. Le principal ou le seul avantage qui pourra résulter de ce droit nouveau consistera donc peut-être à faire rechercher et recueillir plus soigneusement des sources existant sur les limites d'un fonds et qui seraient négligées par le propriétaire ou même perdues inutilement, s'il ne pouvait, avec l'intermédiaire du droit d'aqueduc, les transporter dans un autre fonds plus éloigné, appartenant, soit à lui-même, soit à un tiers, plus disposé que le voisin immédiat à acheter l'usage de ces eaux.

Quant aux eaux des rivières navigables, le droit d'en disposer est clairement et nettement accordé à l'État[1] : et comme il peut en faire des concessions au profit des particuliers, il peut leur transmettre, quelle que soit la situation de leurs fonds, un droit égal au sien propre, un véritable droit d'usage et de disposition qu'ils pourront utiliser en creusant leur dérivation sur les héritages des tiers.

Cependant le volume des rivières de cette classe, l'élévation des berges de leur lit, la difficulté de modifier leur pente et d'établir des barrages sur leur cours ne permettent pas toujours d'en distraire des dérivations modiques, en vue d'intérêts privés restreints et pour aboutir à de courtes distances. Leur véritable destination doit consister, nous le

[1] Cela a été formellement reconnu à plusieurs reprises dans les discussions qui ont précédé l'adoption de la loi sur les irrigations. Voy. notamment le discours de M. Bethmont (*Moniteur*, p. 309). Un projet de loi, adopté par les deux Chambres en 1837, et autorisant le gouvernement à concéder pendant quatre-vingt-dix-neuf ans à titre onéreux les prises d'eau inutiles au public sur les canaux et rivières navigables, a été définitivement rejeté plus tard. Plusieurs des orateurs qui l'ont combattu se sont appuyés sur ce motif que la loi était inutile, et que les pouvoirs laissés à l'administration par l'arrêté du 19 ventôse an VI étaient pleinement suffisants (Voy. *Moniteur* des 22 et 23 mars 1838).

Digitized by Google

croyons, à fournir dans les larges vallées où elles coulent d'ordinaire, de vastes ramifications opérées sous l'impulsion de l'État ou des grandes compagnies, avec l'aide naturel et suffisant de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Le droit d'aqueduc leur est donc peu applicable. Il pourra, suivant l'observation de M. Passy, faciliter la subdivision des eaux entraînées dans de grandes artères d'irrigation; mais nous ne pensons pas que la servitude d'aqueduc doive être considérée comme la source la plus féconde de grands résultats agricoles dans son application à ces cours d'eau. L'expropriation pour cause d'utilité publique, dans sa toute-puissance, dispensait en grande partie le législateur de remettre aux propriétaires de leurs rives, le moyen infiniment plus faible d'une servitude légale que les murs du plus petit enclos doivent arrêter.

Sans critiquer donc aucunement l'extension du droit d'aqueduc à ces cours d'eau, nous ne croyons pas que le théâtre de son application la plus fréquente et la plus féconde doive être sur leurs bords. Tel paraît avoir été, au reste, l'avis du ministre des travaux publics, lorsque, dans le sein de la commission de la Chambre des députés, dont M. Dalloz a été le rapporteur, il considérait la proposition de M. d'Angeville comme « particulièrement relative aux eaux des petites rivières, des ruisseaux et des torrents[1]. »

Les cours d'eau de *classe moyenne*, si l'on peut s'exprimer ainsi, les ruisseaux et rivières non navigables sont, nous le croyons, ceux qui, par leur nombre, la disponibilité complète de leurs eaux pour le service de l'agriculture et de l'industrie, la facilité pour les riverains de modifier leur niveau, offrent aux entreprises particulières d'irrigation, l'élément le plus commode et auquel s'adapterait le plus naturellement,

[1] Rapport de M. Dalloz.

Digitized by Google

d'après les circonstances physiques, la servitude légale d'aqueduc. Mais les circonstances légales, si nous pouvons nous exprimer ainsi, sont loin d'être aussi favorables à l'application de ce droit.

En Italie, les cours d'eau de cette nature, du moins les principaux d'entre eux, sont, comme les rivières navigables, compris dans les dépendances du domaine public. Le gouvernement dispense, soit aux riverains, soit aux non-riverains, des concessions d'eau d'un volume soigneusement fixé et suivant des prix assez modiques. Le droit de barrage est implicitement compris dans ces concessions, auxquelles la servitude d'aqueduc sert de véhicule actif.

En France, soit afin d'introduire des limites dans la faculté de l'irrigation et de conserver le droit des riverains inférieurs à l'abri de toute atteinte, soit par l'influence d'une idée fort vivement controversée sur l'attribution de la propriété de ces cours d'eau aux riverains, soit par insouciance relativement aux besoins agricoles, le Code civil, dans son art. 644, a attribué aux riverains un privilége regardé comme à peu près exclusif relativement à l'usage des eaux pour l'irrigation.

Il arrive fréquemment que les rivières non navigables ont un volume d'eau suffisant pour arroser des territoires étendus loin de leurs rives; des dérivations pourraient être opérées dans ce but. Mais l'art. 644 s'oppose à l'irrigation au profit des propriétaires non riverains, et il est quelquefois si rigoureusement appliqué, que le moindre chemin public vient, d'après une jurisprudence établie, ravir à l'héritage qu'il sépare des cours d'eau, avec le titre de riverain, le droit d'arrosement qui en est la conséquence[1].

[1] Voy. Daviel, n° 598. Dubreuil, t. I, p. 45, 46, 85, 161. Arrêt de Toulouse

Digitized by Google

Ailleurs des dérivations étendues existent de temps immémorial et vont porter l'irrigation au delà des fonds riverains; mais on peut regarder leur établissement comme l'heureux résultat de circonstances dont il serait difficile de ramener aujourd'hui le concours.

Il est aisé de comprendre en effet l'opposition qui se fait sentir, au premier abord, entre les restrictions de la législation sur le droit de disposer des eaux et les conditions naturelles de l'exercice du droit d'aqueduc.

Si les fonds riverains sont seuls appelés à profiter des eaux des rivières non navigables, on se demande quelle utilité ils peuvent tirer d'un droit de passage sur des fonds intermédiaires qui n'existent pas pour eux. En sens inverse, si ces fonds non riverains sont exclus du droit même de prise d'eau sur le cours de la rivière, quel parti peuvent-ils tirer d'un moyen de conduite sans objet auquel il s'applique, d'un aqueduc sans eau pour l'alimenter?

Cette objection est si naturelle et si frappante qu'un estimable écrivain, M. Fournier, conseiller à la Cour royale de Limoges, appréciant, en 1842, le germe de l'innovation qui a formé depuis la loi nouvelle, croyait voir une corrélation nécessaire entre l'établissement du droit d'aqueduc dans nos lois et une extension simultanée du droit de prise d'eau au delà des limites fixées par le Code civil. A ses yeux, la question posée par le ministre, de savoir s'il ne conviendrait pas d'accorder aux propriétaires des terrains irrigables le droit de faire passer des eaux sur le terrain d'autrui, supposait im-

du 26 novembre 1832, S. 33, 2, 572. Il a été jugé à plus forte raison que la faculté de l'art. 645 ne peut être exercée par les tribunaux, si entre l'eau courante et un des litigants se trouve une propriété intermédiaire, encore bien que ce dernier ait acquis le droit de creuser un fossé de conduite sur cette propriété intermédiaire. Bordeaux, 8 avril 1826. D. P., 26, 2, 184.

Digitized by Google

plicitement l'élargissement de l'art. 644 du Code civil, et la participation au droit d'irrigation de tous les propriétaires de chacun des versants du bassin de la rivière. Il faisait de cette idée la base d'un système de dispositions ingénieuses propres à combiner les droits des nouveaux appelés à l'avantage de l'irrigation, avec ceux acquis aux riverains d'après le Code civil[1].

L'idée qui servait de base à la prévision inexacte quoique intelligente de M. Fournier s'est reproduite avec force lors de la discussion devant la Chambre des députés sur la loi des irrigations : plusieurs orateurs ont signalé une contradiction entre le projet de la loi nouvelle et le maintien du droit existant relativement aux riverains[2]. L'un d'eux résol-

[1] « Ces idées me conduisaient naturellement à regarder l'usage d'un cours d'eau, quant à l'irrigation, comme devant appartenir à chacun de ses versants, quel que fût le nombre des propriétaires de ce versant, et quelles que fussent les divisions de sa superficie. »

« Ce n'est, en définitive, Messieurs, que ce principe que la question qui vous est soumise vous propose de consacrer, car c'est de lui que découle le droit sur lequel elle vous consulte ; droit pour les propriétaires des terrains irrigables de faire passer les eaux sur le terrain d'autrui, droit qui comprend nécessairement et avant tout celui de dériver ces eaux au cours d'eau lui-même. » *Bulletin de la Société royale d'agriculture, des sciences et des arts de Limoges*, t. XXI, p. 17.

[2] « Vous ne pouvez pas dire en même temps, disait M. Murat Ballange, au même individu : vous êtes obligé, après avoir arrosé votre propriété, de transmettre les eaux au propriétaire inférieur, c'est-à-dire de les rendre à leur cours ordinaire, et cependant vous avez la faculté de transporter ces eaux dans un héritage plus éloigné, et vous pouvez même, pour les transporter dans cet héritage éloigné, vous emparer de la propriété intermédiaire : ce serait lui dire à la fois oui et non. » (*Moniteur* de 1845, p. 307.)

« Comment, s'écriait M. Bethmont, l'eau passait sur moi, et après avoir passé sur moi, elle passait sur mon voisin. Pendant qu'elle passait sur moi, aux termes du Code civil, j'avais le droit d'en disposer ; par conséquent, le projet de loi m'est applicable. Mais est-ce que j'avais le droit d'en disposer autrement que pour le champ que je possède, d'en disposer pour l'aller transporter dans un champ qui est beaucoup plus loin et que j'achèterai en

Digitized by Google

vait même hardiment la contradiction signalée par ses collègues, en écartant toute application de la loi nouvelle aux cours d'eau non navigables. « Pour moi, disait-il[1], point d'équivoque dans le cas des eaux de passage qui ne font que border la propriété; comme vous ne pouvez en disposer qu'à la charge de les rendre au fonds inférieur, comme vous ne pouvez faire au delà de ce que la loi et le droit naturel ont réglé, il est hors de doute que la servitude dont il s'agit ne doit pas s'appliquer ici. »

Un autre orateur, arrivant à une conclusion moins absolue et que nous croyons plus vraie disait : « Si mes raisonnements sont vrais, je cherche l'utilité de la loi; il n'est que trop évident qu'elle ne s'appliquera *presque jamais* aux rivières qui ne sont pas navigables ou flottables[2]. »

Pour nous, il nous semble que le droit d'aqueduc pourra servir utilement au développement de l'irrigation dans deux ou trois cas fort distincts, qu'il s'agit d'expliquer et même de discuter; car certains d'entre eux peuvent souffrir des objections dont nous ne nous dissimulons point la gravité, en regrettant que le législateur ne les ait pas résolues lui-même.

Il est d'abord un cas indubitable, mais rare, dans lequel l'exercice de la servitude légale d'aqueduc pourra s'harmoniser parfaitement avec l'application la plus stricte du droit formulé dans l'art. 644 du Code civil.

vue de celui-là? Si j'en dispose ainsi, celui qui vient après moi n'en pourra pas disposer. » (*Moniteur* de 1845, p. 309.)

[1] *Moniteur* de 1845, p. 316, discours de M. Joly.

[2] *Moniteur*, p. 326, discours de M. Gillon. M. Boullet disait à la Chambre des pairs : « Un propriétaire ne pourra user de la servitude, s'il veut en tirer quelque avantage, qu'en dépassant son droit et qu'en s'exposant par conséquent ou à un procès de la part des propriétaires inférieurs dans leur intérêt personnel, ou à un règlement de l'autorité administrative agissant dans l'intérêt de tous. » (*Moniteur*, p. 1046.)

Digitized by Google

L'héritage riverain renferme un enclave, ou bien il est presque divisé par les confins dentelés d'un héritage voisin dont les angles saillants se rapprochent de la rivière : dans des cas semblables, l'impossibilité de traverser par un canal les parties saillantes ou enclavées de la propriété voisine pourrait être un obstacle absolu à l'irrigation d'une partie du fonds riverain. La servitude d'aqueduc fera disparaître toute difficulté à cet égard, dans un cas de cette nature.

Mais le droit d'aqueduc ne pourra-t-il s'appliquer encore d'une manière plus utile aux fonds riverains sous un autre point de vue?

On sait que l'irrigation des terrains riverains d'un cours d'eau ne peut, le plus souvent, s'opérer avantageusement que sous une double condition : non-seulement il est nécessaire de faire refluer l'eau à l'aide d'un barrage, mais encore il faut ordinairement que l'ouvrage de dérivation soit placé sur un point du cours d'eau plus élevé que le confin de la propriété riveraine qu'il s'agit d'arroser. Ce fait, que l'aspect des contrées arrosées avec soin, démontre clairement, est attesté par un savant ingénieur qui a écrit sur l'irrigation : « L'emplacement de l'arrosage, dit M. Nadault de Buffon[1], diffère toujours de celui de la prise d'eau, et le propriétaire du sol à irriguer est rarerement le même que le propriétaire du terrain qui convient pour l'embouchure de la dérivation. »

Il n'est pas besoin de démontrer que, physiquement parlant, le droit d'aqueduc s'adapterait efficacement aux exigences d'une situation semblable, soit que le propriétaire du fonds à arroser eût à vaincre la résistance de tous les riverains supérieurs dont il devrait emprunter le terrain, soit que, propriétaire lui-même d'une parcelle située en un point

[1] *Traité théorique et pratique des irrigations*, t. II, p. 178.

Digitized by Google

supérieur de la rive du cours d'eau, il voulût creuser un aqueduc depuis cette parcelle en amont jusqu'à sa propriété situé en aval, malgré la résistance des propriétaires intermédiaires.

Des objections légales s'élèvent toutefois contre cette application de la servitude d'aqueduc aux dérivations des rivières non navigables : elles se sont même produites dans la discussion de la loi nouvelle et n'y ont point été, nous le croyons, suffisamment discutées et approfondies. Un député, parlant des droits du propriétaire riverain après la promulgation de la loi en discussion, disait : « Il sera facile de prouver qu'il ne pourra même pas en prendre (de l'eau) pour arroser sa propriété et en empruntant le terrain des propriétés supérieures, comme la loi en discussion semblerait l'autoriser à le faire ; en effet, pour arroser la propriété riveraine, il est obligé d'aller chercher l'eau à un niveau supérieur ; il priverait donc toutes les propriétés situées entre ce point et son champ ; la loi resterait donc inapplicable dans tous les cas[1]. »

L'objection repose sur l'autorité d'un arrêt de la Cour d'Aix, du 4 juin 1816, cité par M. Dubreuil[2].

Elle se fonde plus puissamment encore sur la *lettre* de l'art. 644 du Code civil. Le riverain, d'après cet article, a droit de se servir de l'eau courante *à son passage* pour l'irrigation de ses propriétés ; donc, a-t-on dit, « son droit commence et finit avec son héritage ; la dérivation n'est permise qu'au passage de l'eau devant la propriété ou dans l'intervalle qu'elle y parcourt[3]. »

[1] Discours de M. Lestiboudois. (*Moniteur* de 1845, p. 327.)

[2] Voy. *Analyse de la législation des eaux*, édition de 1842, t. 1, p. 145 à 159.

[3] Voy. *ibid.*, opinion de M. Cappeau, dans son *Code rural.*

Digitized by Google

Ainsi, on peut objecter contre l'application de la loi, dans le cas que nous avons supposé, que le droit de *disposer* de l'eau, exigé par l'art. 1er de la loi nouvelle, n'existe pour le riverain que le long de son fonds, et non en un point supérieur sur un héritage distinct.

Dubreuil a combattu cette interprétation stricte des termes de l'art. 644, en faisant observer qu'adopter un sens aussi rigoureux serait en fait rendre l'irrigation à peu près impossible pour les riverains eux-mêmes. Il est difficile, en effet, de penser qu'en employant, dans l'art. 644, ces mots : *à son passage*, le législateur ait voulu leur donner une application aussi contraire aux intérêts de l'agriculture, lui qui, dans l'art. 645, a voulu que ces intérêts allassent de pair avec les droits de la propriété.

La solution de cette question doit dépendre, à nos yeux, des circonstances. On a parlé des propriétés intermédiaires qui seraient privés par cette dérivation faite en un point supérieur. De quelles propriétés s'agirait-il? Serait-ce de celles qui sont situées sur la rive opposée? Mais leurs propriétaires n'ont pas indistinctement le droit de critiquer la disposition des eaux sur la rive qui leur est étrangère. Ils ont un juste motif sans doute de réclamer un partage des eaux équitable entre les deux rives. Mais si leur part afférente est respectée, la répartition faite entre les riverains opposés doit leur rester indifférente.

Quant aux propriétaires du fonds traversé par l'aqueduc qu'il s'agirait d'établir, remarquons en fait, et d'après la configuration ordinaire du sol, qu'ils auront assez rarement des prises d'eau directes sur la rivière pour l'utilité des terrains situés en amont du fonds qu'il s'agit d'arroser, si celui-ci se trouve dans l'impossibilité de prendre l'eau par une dérivation immédiate à cause de l'élévation de ses berges. Ordi-

Digitized by Google

nairement la même impossibilité pèsera sur les fonds situés en amont, à moins que quelque accident du terrain ou quelque ouvrage pratiqué sur le cours d'eau ne leur ait créé une situation plus favorable. Il pourra donc arriver souvent que les propriétaires des fonds à traverser soient, *comme arrosants*, sans intérêt opposé à l'entreprise projetée sur un point supérieur du cours d'eau.

Dans un cas contraire, l'art. 645 sera appliqué par les tribunaux, et la conciliation entre les anciennes et les nouvelles prises d'eau, opérée s'il est possible.

Si le volume du cours d'eau est si minime que la coexistence d'une nouvelle dérivation avec les anciennes soit impraticable sans violation des droits acquis, l'aqueduc projeté ne sera pas autorisé. Toutes les fois qu'une conciliation sera possible, elle aura lieu au contraire dans les termes de l'art. 645[1].

[1] Jusqu'à quel point le *respect pour la propriété*, imposé par l'art. 645 du Code civil aux tribunaux, protége-t-il les prises d'eau acquises antérieurement, contre les prétentions des autres riverains à une nouvelle distribution dont ils puissent profiter? La jurisprudence ne paraît pas avoir suivi sur cette question une doctrine absolue. Divers arrêts maintiennent rigoureusement intacts contre toute entreprise nouvelle les droits acquis aux riverains supérieurs (Voy. cassation, 24 janvier 1831. S. D., 31, 1, 83; et 19 avril 1841. S. D., 41, 1, 601). D'un autre côté, un arrêt de Bourges du 8 janvier 1836 (S. D., 37, 2, 428), et un arrêt de Bordeaux du 23 janvier 1838 (D. P., 38, 2, 60), permettent au propriétaire d'un fonds traversé par une eau courante de s'en servir pour l'irrigation de ses propriétés, encore bien que cet usage nuise à l'action d'un moulin inférieur. L'ensemble de ces arrêts tendrait à montrer le respect des droits acquis, plus rigoureusement gardé dans l'intérêt des propriétaires supérieurs que dans celui des riverains inférieurs. Sans nier que cette différence de situation puisse déterminer quelques faveurs spéciales, nous regarderions comme contraires à la loi, qui n'en parle pas, de lui attacher une trop grande importance. Voy. en ce sens Cass., 21 août 1844.

Digitized by Google

Le second cas supposé par nous pour l'application facultative de la servitude légale d'aqueduc, nous paraît donc résister, dans certaines hypothèses, aux objections qui ont été posées dans la Chambre des députés et que nous avons discutées.

La doctrine à l'aide de laquelle nous avons combattu ces objections est, au reste, consacrée dans les motifs d'un arrêt de la Cour de Bourges, du 7 août 1835, corroboré sur plusieurs points par un arrêt de rejet du 11 avril 1837, et qui décide « qu'aux termes de l'art. 644, c'est la position même de l'héritage au bord de l'eau qui donne le droit d'en user; mais que le mode d'exercer le droit reste nécessairement subordonné au choix du riverain, pourvu qu'il n'en résulte aucun dommage pour autrui[1]. »

Les derniers mots de ce *considérant* ne peuvent évidemment, sous l'empire de la loi nouvelle, s'appliquer qu'aux droits d'autrui sur les eaux, et ils ne pourraient protéger la résistance du propriétaire du sol menacé de la servitude d'a-

[1] S. D., 37, 1, 493. Il faut noter, au reste, que dans l'espèce de cet arrêt la contestation était engagée entre des arrosants qui réunissaient dans un canal unique l'eau qu'ils auraient pu dériver par des saignées répétées, et un usinier inférieur dénué, suivant les apparences, d'intérêt dans cette partie du droit litige. Le concours de diverses conduites d'eau existant dans cette espèce serait, il est facile de s'en convaincre, un résultat naturel de l'application d'aqueduc que nous avons discutée. Il devrait être permis en effet, au propriétaire assujetti à la servitude légale d'aqueduc, de demander, en vertu de l'art. 701, la réunion de la prise d'eau de son voisin avec la sienne propre. L'art. 623 du Code sarde a fait de cette faculté le sujet de la disposition suivante : « Celui qui, ayant un canal sur son fonds, est en même temps propriétaire des eaux qui y coulent, peut, en offrant de donner passage aux eaux par ce canal, empêcher qu'on n'en établisse un autre sur sa propriété, pourvu qu'en usant de cette faculté il ne cause pas un préjudice notable à celui qui demande le passage. »

Digitized by Google

queduc. Le dommage qu'il peut éprouver n'est plus pour le législateur qu'un dommage *rachetable*.

Le riverain pourra donc, en résumé, à l'aide de la loi du 29 avril 1845, pratiquer dans certaines circonstances une prise d'eau au-dessus des limites de son fonds, en empruntant le sol des propriétés situées en amont. Et cette faculté lui permettra de triompher souvent des obstacles créés à ses irrigations par les niveaux du sol[1].

Cette application de la servitude d'aqueduc, dans l'intérêt d'un fonds riverain qui ne peut être arrosé par une dérivation immédiate, sera spécialement favorable lorsque l'arrosant sera en même temps propriétaire du fonds riverain situé en amont, sur lequel il établira la tête de sa dérivation, *au passage* même de l'eau devant ce dernier héritage.

Après avoir recherché les divers cas dans lesquels le principe de la loi nouvelle pourra se marier utilement avec le droit des riverains, il nous reste à examiner si les fonds non riverains ne peuvent point aussi, dans certaines hypothèses, profiter des dérivations opérées avec le secours de la loi sur les irrigations. Ce sera la partie la plus délicate de notre tâche.

Le problème se rattache à une question déjà posée dans la jurisprudence interprétative du Code civil, mais que la loi dont nous nous occupons est peut-être destinée à revêtir d'un intérêt plus vif et plus fréquent.

L'art. 644 du Code civil, en permettant à celui dont les fonds sont côtoyés ou traversés par un cours d'eau non navigable ni flottable, de s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés, lui a-t-il conféré une faculté susceptible d'être étendue à d'autres fonds que la parcelle

[1] Voy. en ce sens Daviel, *Commentaire de la loi sur les irrigations*, p. 24 et 25.

Digitized by Google

immédiatement riveraine, ou ne lui a-t-il attribué le droit d'irrigation que dans l'intérêt exclusif de celle-ci, comme un droit inhérent à la propriété même qui constitue le titre de *riverain* ?

Ce dernier sens a été assez généralement adopté par les auteurs qui ont discuté cette question, et dans les développements très-imparfaits qui ont précédé l'adoption de l'article 644 du Code civil, on peut signaler quelques motifs à l'appui de cette interprétation.

M. Albisson disait, en effet, au Tribunat : « Une eau courante peut être employée à son passage à l'irrigation des propriétés *qu'elle borde*[1]. »

M. Gillet disait devant le Corps législatif : « La doctrine de plusieurs arrêts, en pays coutumier, semblait avoir gradué la propriété de cette eau sur l'échelle des terrains ; de sorte que le propriétaire du fonds supérieur pouvait en la consommant, en la dérivant même, en priver le fonds inférieur, pourvu toutefois que ce fût dans la vue de rendre sa propre condition meilleure et non de rendre pire celle d'autrui. »

« On sent combien cette distinction dans les motifs était sujette à débats. Le projet proposé adopte des mesures plus favorables aux progrès de l'industrie et plus conformes à la nature même de la propriété[2]. »

Une pensée de restriction paraît donc avoir présidé à la rédaction de l'art. 644 du Code civil. On a voulu limiter les droits des riverains supérieurs de manière à ne pas anéantir ceux des riverains inférieurs.

Cependant, d'autre part, l'art. 644, en donnant au riverain le droit d'arroser *ses propriétés*, n'a pas, dans sa lettre, déter-

[1] Locré, t. VIII, p. 386.
[2] Locré, t. VIII, p. 405.

Digitized by Google

miné d'une manière exclusive l'application de cette expression aux seules propriétés riveraines.

Faudrait-il donc adopter une interprétation si étroite, que le propriétaire ne pût arroser les terrains qu'il réunirait à sa propriété riveraine? En dépit des exigences d'une logique rigoureuse, ceux même qui considèrent le droit d'irrigation comme *inhérent à la propriété* riveraine ne peuvent accepter une conséquence si sévère[1]. Sous ce rapport, ils ne considèrent pas le droit d'irrigation comme tellement inhérent à la propriété, que le même sol ne puisse l'acquérir en changeant de propriétaire.

Il est vrai que l'art. 644 est placé sous la rubrique *des servitudes qui dérivent de la situation des lieux*, et on peut en induire que le droit d'irrigation ne peut être étendu au delà des limites du fonds dominant pour lequel il a été établi[2]. Mais cette analogie n'est pas sérieusement acceptée par un grand nombre d'auteurs.

L'un d'eux voit dans le droit du riverain sur le cours d'eau la manifestation d'une véritable *copropriété*[3]; l'autre paraît y reconnaître l'exercice d'une *faculté légale*[4].

N'est-ce pas en réalité une sorte de droit d'usage sur une chose commune, usage aussi étendu de sa nature que les besoins agricoles du propriétaire riverain, sauf toutefois le respect des droits acquis aux tiers et le règlement équitable de la justice pour le concours entre les divers usagers?

Aussi la question de savoir si le riverain peut prolonger un aqueduc sur une propriété non riveraine, contiguë ou non

[1] Daviel, *De la législation et de la pratique des cours d'eau*, n° 587, troisième édition.

[2] L. 24, *De servit. præd. rust.*

[3] Daviel, *loco citato.*

[4] Duranton, t. v, n° 234.

*

Digitized by Google

à son fonds riverain, nous paraît-elle devoir être résolue par les tribunaux en consultant attentivement les circonstances au milieu desquelles une pareille entreprise pourrait être tentée, et en appliquant la pensée restrictive qui a présidé à la rédaction de l'art. 644, sous l'inspiration même des motifs qui ont guidé le législateur, mais avec la latitude que comporte l'art. 645 du même Code.

Le législateur a voulu protéger les riverains inférieurs contre l'épuisement des eaux par les propriétaires supérieurs.

Voici cependant un cours d'eau si abondant, si riche, que le riverain peut prolonger son aqueduc jusque sur un fonds non riverain, sans que les arrosants inférieurs en souffrent. Tournerons-nous au détriment de l'agriculture, de l'industrie, une disposition légale faite dans leur intérêt? La justice sanctionnera-t-elle des résistances à l'extension de l'irrigation, sans autre fondement que les inquiétudes puériles ou l'émulation blâmable d'un riverain inférieur qui n'a rien à risquer ni à souffrir?

Voilà une face de la question qui est en dehors des prévisions générales auxquelles se sont livrés la plupart des auteurs, qui, en interprétant rigoureusement l'art. 644 du Code civil, ont supposé certainement la question engagée entre des intérêts sérieusement opposés et incompatibles.

Dans les cas d'une eau *superflue* que le riverain supérieur voudrait conduire au delà des limites étroites de sa parcelle riveraine, les deux *boussoles* confiées en quelque sorte au juge par l'art. 645 du Code civil, le bien de l'agriculture et l'intégrité des droits acquis, ne se concilieront-elles pas en pouvant converger ensemble vers le même but? Tel a été, sur la difficulté qui nous occupe, le point de vue de M. Proudhon. Voyant dans le droit donné au riverain une *servitude*, il a cependant compris que la restriction inhérente aux termes

Digitized by Google

de cet article ne devait pas s'étendre au delà des intérêts qu'elle doit protéger. Parlant du riverain d'un cours d'eau non navigable, « Il n'a, dit-il[1], le droit d'arrosement que pour l'usage du fonds qui borde le cours d'eau : donc s'il l'agrandit par des acquisitions d'autres fonds, qui ne soient pas eux-mêmes adjacents au ruisseau, il n'aura pas la faculté d'y faire, au préjudice des autres propriétaires, de plus grandes prises d'eau pour l'irrigation de ses acquisitions. » Et il cite à l'appui de cette opinion la loi 24 D. *De servitutibus prædiorum rusticorum.*

« De là, dit-il ailleurs, l'on doit encore tirer la conséquence que le propriétaire du fonds riverain ne pourrait y pratiquer un canal depuis le ruisseau pour en conduire les eaux sur un héritage plus reculé. » Mais il ajoute aussitôt : « *Il faudrait cependant excepter le cas où il s'agirait d'une rivière ou d'un fort ruisseau dont les eaux pussent, par leur abondance, satisfaire aux besoins de tous : alors on devrait dire que ce qui est profitable à l'un et qui ne nuit à personne doit être permis : Prodesse enim sibi quisque, dum alii non nocet, non prohibetur.* Loi 1, § 11, D. *De aqua et aquæ*[1]. »

La jurisprudence des tribunaux, q uoique assez incertane sur presque toutes les matières qui touchent à la distribution des eaux, ne nous paraît pas contraire à ce point de vue si rationnel. Un jugement du tribunal de la Seine, infirmé, il est vrai, par la Cour royale de Paris, mais sur un motif étranger à la disposition que nous voulons signaler, a autorisé l'extension de l'irrigation à un fonds non riverain, lorsque ceux qui en contestaient le droit ne devaient en éprouver qu'un *faible dommage*[2].

[1] *Traité du domaine public*, t. IV, nos 1421, 1426, 1434.
[2] Sirey-Devilleneuve, 36, 2, 467.

Digitized by Google

Un arrêt de Limoges, confirmatif d'un jugement du tribunal civil de la même ville, a même décidé le 9 août 1838[1] : « Que la loi autorise le propriétaire d'héritages traversés par une eau courante à s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés : que cette loi n'a fixé aucune étendue après laquelle il n'est plus permis de diriger l'eau..... Que le propriétaire inférieur n'est pas recevable à objecter que le propriétaire supérieur pourrait, par des acquisitions successives, conduire l'eau fort loin de son lit primitif et l'absorber, parce que, d'une part, par sa position, ce propriétaire est préférable ; d'autre part, parce qu'il importe peu, dans l'esprit de la loi, que tel fonds soit arrosé plutôt que tel autre[2]. »

Quelques motifs dans ce jugement, ainsi que dans celui du tribunal de la Seine du 10 juin 1835, peuvent être empreints d'exagérations doctrinales. Mais leurs décisions montrent suffisamment que dans le cas d'eaux surabondantes, pouvant étendre leur action salutaire au delà des limites du fonds riverain, la jurisprudence des tribunaux ne sera point disposée à répudier les principes favorables à l'agriculture professés par Daviel et Proudhon.

Le propriétaire d'un fonds situé au bord d'un cours d'eau non navigable peut donc, dans certains cas être autorisé à porter ses eaux sur un fonds placé à quelque distance du lit de la rivière[3]. Le droit d'aqueduc pourra par conséquent

[1] *Recueil périodique* de Dalloz, 39, 2, 37.

[2] L'arrêt de la Cour de Limoges s'appliquait en fait aux travaux d'irrigation pratiqués par le propriétaire d'un fonds traversé, et non-seulement bordé par le cours d'eau ; mais il est facile de remarquer que son argumentation est générale, et qu'elle s'appuie même sur les termes de la première disposition de l'art. 644.

[3] « Des décisions judiciaires, a dit cependant M. Passy, conformes à l'avis de jurisconsultes éminents, ont établi que, réservé aux seuls champs en contact immédiat avec les cours d'eau au moment où parut le Code civil, le

Digitized by Google

trouver encore ici sa légitime application, et faire disparaître les obstacles résultant de la présence de propriétés intermédiaires.

C'est ce qui a été assez nettement avoué dans la discussion de la loi du 29 avril 1845, à la Chambre des députés.

M. Dalloz, répondant à une interpellation de M. Gillon, disait en effet : « Dans l'hypothèse d'un propriétaire riverain qui veut faire passer ses eaux sur une parcelle intermédiaire afin d'irriguer *une autre propriété inférieure* qui lui appartient, le propriétaire ne pourra obtenir de l'administration, aux dépens des propriétaires inférieurs, le droit de dériver une quantité d'eau plus considérable que celle qui lui serait afférente à raison de sa propriété *qui borde la rivière*[1]. »

Tenir un pareil langage, c'est évidemment reconnaître que le riverain s'appropriant en quelque sorte une partie des eaux en vertu de l'art. 644, peut les utiliser dans l'intérêt d'un fonds *autre* que celui *qui borde la rivière*[2].

Quant à la restriction indiquée par M. Dalloz et acceptée par M. Gillon, au sujet du volume d'eau à dériver, implique-t-elle contradiction avec la possibilité d'étendre les irrigations existantes? Non évidemment. Car si on suppose un cours d'eau tant soit peu abondant, si on admet que la distribution des eaux entre les riverains leur procure un volume d'eau excédant la quantité nécessaire à l'arrosement des parcelles immédiate-

droit d'arrosement n'avait pu s'étendre à aucune des annexes qui depuis y ont été rattachées et les ont agrandies. » *Moniteur* de 1845, p. 734. Une telle rigueur dans l'interprétation de l'art. 644 ne nous paraît admissible que si la pénurie des eaux en fait sentir la nécessité.

[1] *Moniteur*, p. 326.

[2] Garnier (*Commentaire de la loi du 29 avril 1845*, p. 12) suppose la question résolue en ce sens.

Digitized by Google

ment riveraines, il y aura un grand profit agricole à réaliser par la ramification, sur un plus vaste espace, de la dérivation exubérante pour l'étroite étendue de l'héritage assis au bord du cours d'eau.

Aussi un autre orateur me paraît-il avoir parfaitement saisi le nœud de la question, lorsqu'il a fait observer que toutes les eaux n'étaient pas déjà distribuées, et que la loi nouvelle aurait surtout pour résultat d'utiliser le superflu des eaux qui reste aujourd'hui sans emploi[1].

C'est sans doute par l'intermédiaire de la même idée, et en supposant l'exubérance des eaux, que le rapporteur du projet de loi à la Chambre des pairs conciliait le maintien exprès du droit existant sur la faculté de disposer des eaux avec des prévisions *sur la possibilité de conduire ces eaux au delà des champs qui seuls maintenant peuvent en recevoir l'épanchement*, possibilité qu'il considérait comme devant résulter de la loi nouvelle[2].

Cette condition de l'application du droit d'aqueduc à l'irrigation des fonds non riverains, repousse naturellement une autre objection qui a été développée dans la discussion de la Chambre des députés, et qui consiste à rejeter toute possibilité de transport des eaux sur un fonds éloigné de la rive du cours d'eau, à cause de l'obligation imposée aux arrosants

[1] M. Lanjuinais, en répondant à M. Lestiboudois, a dit : « Si ce qu'il vient de dire était exact, il faudrait croire que toutes les eaux sont déjà distribuées. Or, le fait contraire est reconnu par tout le monde. Qu'avons-nous discuté depuis trois jours ? Ce n'est pas sur l'existence des eaux superflues que personne ne conteste, c'est sur les moyens de les utiliser. Il y a donc une distribution nouvelle à faire, et la proposition a pour objet de créer une servitude qui permette aux propriétaires riverains d'un cours d'eau de profiter de cette distribution nouvelle pour arroser des fonds non contigus à un cours d'eau. » *Moniteur*, p. 327.

[2] Rapport de M. Passy. *Moniteur*, p. 734.

Digitized by Google

par l'art. 644, de rendre les eaux à la sortie de leur fonds à leur cours ordinaire.

Sans doute cette obligation nous paraît s'appliquer aux deux cas prévus par l'art. 644 du Code civil, et au propriétaire du fonds bordé par le cours d'eau comme à celui du fonds qui en est traversé. Il nous semblerait étrange que celui qui est propriétaire des deux rives fût assujetti à des obligations plus strictes que celui qui n'est propriétaire que d'un seul bord[1]. Si à propos de la situation de l'un d'eux, la loi a formulé une condition de l'exercice de son droit qu'elle n'a pas spécialement indiquée à l'égard de l'autre, c'est sans doute parce que la faculté laissée au propriétaire du fonds traversé par le cours d'eau étant plus large et comprenant même le droit de changer le cours du ruisseau, il a pu sembler plus nécessaire de poser une limite plus expresse à côté d'un pouvoir plus étendu.

Toutefois, si nous considérons comme une condition générale des droits d'irrigation exercés en vertu de l'art. 644, l'obligation pour les arrosants de rendre, à la sortie de leur fonds, les eaux non absorbées, à leur cours ordinaire, cependant les circonstances seules peuvent donner aux autres riverains un intérêt à l'accomplissement rigoureux de cette obligation.

[1] C'est cependant là l'idée que paraît avoir suivie l'annotateur de Dubreuil (t. I, p. 148), et à laquelle M. Dalloz s'est référé aussi dans sa réponse à une interpellation de M. Durand de Romorantin (*Moniteur*, p. 327). M. Daviel, en citant le passage de M. Dalloz (*Commentaire de la loi sur les irrigations*, p. 21), semble n'avoir pas remarqué la distinction adoptée par l'honorable député. Il admet comme applicable aux deux cas de l'art. 644 l'obligation de rendre les eaux à leur cours ordinaire. M. Garnier (p. 12 de son *Commentaire sur la loi des irrigations*) suit aussi cette opinion, qui paraît corroborée par la doctrine de la Cour de cassation, dans un arrêt récent du 21 août 1844. S. D., 44, 1, 637.

Digitized by Google

Si l'arrosant faisant parcourir à son aqueduc un circuit étendu, n'en restitue les eaux à la rivière qu'à quelque distance au-dessous de son fonds et néanmoins en amont de la prise d'eau immédiatement inférieure à la sienne, il est évident que cette prise d'eau ne souffrira en rien de cette circonstance; qu'au lieu de rendre les eaux *à la sortie de son fonds*, l'arrosant supérieur les aura rendues à quelques mètres au-dessous de la sortie de son fonds. Il en sera de même encore si le cours d'eau est tellement abondant et la dérivation tellement minime que les usagers inférieurs n'aient pas un intérêt sérieux à ce que sa réversion s'opère au-dessus de leur propre prise d'eau. Ajoutons aussi que dans certains cas assez rares, mais possibles à concevoir, il pourrait se faire qu'un propriétaire riverain pût étendre sa dérivation sur un fonds non riverain, et toutefois, par suite de la disposition des lieux, la ramener soit au cours d'eau principal à l'extrémité en aval de sa propriété riveraine, soit directement sur le fonds du riverain inférieur qui en profiterait ainsi plus facilement que s'il était obligé d'opérer une dérivation distincte.

Dans tous ces cas, il est aisé de comprendre que l'obligation exprimée dans les derniers mots de l'art. 644, si elle est interprétée suivant son esprit et appliquée dans la limite des intérêts qu'elle a pour but de protéger, ne crée point un obstacle absolu et sans exception à l'extension de l'irrigation par le propriétaire riverain jusque sur un fonds non riverain, et par suite à l'application du droit d'aqueduc pour réaliser au besoin, le passage de l'eau sur certaines parcelles intermédiaires. M. Daviel[1] combat cependant d'une manière absolue toute supposition au sujet d'eaux qui pourraient être transportées d'un fonds riverain sur un fonds qui ne le serait pas.

[1] *Commentaire sur la loi des irrigations*, p. 20 et 21.

Digitized by Google

En professant comme un principe absolu que le droit du riverain sur les eaux ne peut jamais s'étendre au delà de la propriété riveraine, le savant auteur nous semble ne s'être point assez préoccupé du cas où cette extension ne serait nuisible à personne, et cependant lui-même porte quelque atteinte à la rigueur de son principe en admettant évidemment, quoique dans des termes plus ou moins vagues, que le propriétaire riverain peut, en certains cas du moins, dériver les eaux pour l'irrigation de nouveaux terrains non arrosés originairement et qu'il réunit à sa propriété [1]. Si en effet le droit d'irrigation est inhérent *à la propriété du fonds riverain*, il s'arrête sur ses confins, et le fonds étranger à ce droit ne peut y participer par cela seul qu'il aura changé de mains. M. Daviel dit, il est vrai, pour justifier l'extension qu'il autorise, que le droit de l'art. 644, en faveur des riverains, est une conséquence de la copropriété du cours d'eau. Mais n'est-il pas évident que ce droit de copropriété sur l'eau courante, s'il est admis, autorise le copropriétaire à diriger l'eau partout où il veut, à la transporter au loin, à la céder aux tiers, et le principe de la copropriété est en lui-même au moins aussi favorable à l'extension du droit des riverains que la doctrine qui considère l'eau courante comme placée dans une sorte de communauté négative, soumise au pouvoir réglementaire de l'administration et des tribunaux [2]. M. Daviel, d'après ses propres prémisses, devrait donc arriver, nous le croyons, aux mêmes résultats que nous, surtout en pesant attentivement cette grande règle, que l'intérêt est la mesure des actions, règle à laquelle l'art. 645 du Code civil

[1] Voy. n° 587 de la deuxième et troisième édition du *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau.*

[2] Voy. en ce sens les motifs d'un arrêt de Colmar, du 6 février 1839. D. P., 39, 2, 246.

Digitized by Google

donne, en matière d'eaux courantes, une valeur particulière.

En vain le savant jurisconsulte nous paraît-il vouloir fortifier les restrictions de sa doctrine en invoquant à son tour l'obligation pour l'arrosant de rendre les eaux *à la sortie de ses fonds* à leur cours ordinaire. En dehors des observations que nous avons développées plus haut à cet égard, nous croyons pouvoir plus spécialement répondre à M. Daviel que les mots *à la sortie de ses fonds* ne doivent pas être interprétés autrement que ces autres mots *à son passage*, dans le même art. 644 du Code civil. La haute raison de M. Daviel a fort bien discerné qu'à défaut d'intérêt contraire sérieux, le riverain doit avoir la liberté de *prendre* l'eau *avant son passage* devant sa propriété et en amont du point où il commence à être riverain[1]. Les mêmes raisons veulent que dans la même situation et à défaut d'intérêt contraire sérieux, il puisse ne la rendre qu'*après la sortie de ses fonds* et en aval du point où il cesse d'être riverain.

L'objection la plus sérieuse contre l'interprétation sur laquelle nous fondons la possibilité du troisième cas d'application de la loi nouvelle aux dérivations des rivières non navigables, est peut-être la difficulté de mesurer et de classer en certains cas les intérêts opposés sur les rives d'un cours d'eau. M. Daviel a indiqué ces difficultés, et nous n'entendons pas en nier absolument l'existence. Il a eu raison de parler des *procès* et des *expertises* qui se trouvent sur la voie de cette application de la loi nouvelle. Mais nous croyons que les perfectionnements dans le mode de la distribution et de la répartition des eaux courantes ne peuvent guère être obtenus sans quelques inconvénients de cette nature. Lorsqu'en Italie l'arbitraire qui régnait dans la distribution des eaux

[1] *Commentaire de la loi sur les irrigations*, p. 24 et 25.

Digitized by Google

fut combattu par l'introduction de procédés hydrauliques dus à un savant ingénieur, Soldati, ses innovations trouvèrent les résistances les plus opiniâtres, et armèrent une foule d'intérêts, dont quelques-uns pouvaient être sérieux; beaucoup d'autres n'étaient qu'envieux et imaginaires. Le progrès des irrigations ne fut accompli qu'à ce prix[1].

En France, nous croyons que des difficultés existeront aussi sur la voie des progrès dans laquelle la loi nouvelle semble être un premier pas. Mais l'intelligente équité des tribunaux, le zèle de l'administration, les lumières des ingénieurs et des experts résoudront sans doute le problème de l'extension des irrigations sur des terrains nouveaux *sans préjudice pour celles déjà existantes*, grande condition sans laquelle il n'y aurait pas de progrès réel en cette matière.

Il est important que les conditions de cette heureuse solution, à peine recherchées jusqu'à ce jour, soient d'avance méditées et approfondies par tous ceux qui peuvent y concourir.

Elles n'appartiennent pas à la législation et à la jurisprudence seulement.

L'application pratique de quelques-unes des règles à l'aide desquelles la loi nouvelle peut être mise en jeu suppose l'appréciation et la mesure exacte autant que possible d'un élément variable dans son volume, mobile et difficile à saisir dans son cours.

Livrée à ses propres forces, on peut craindre que la législation ne soit impuissante à faire atteindre aux irrigations tout le développement qu'elles peuvent tirer du nombre et du volume des rivières non navigables, si d'autre part les recherches ordonnées par le gouvernement sur le régime

[1] Voy. l'ouvrage de M. Nadault de Buffon, *passim*.

Digitized by Google

des plus importants de ces cours d'eau, et dans beaucoup de cas, le perfectionnement des moyens matériels employés pour leur distribution, ne viennent apporter à l'agriculture comme à l'industrie les méthodes nécessaires pour arriver à la satisfaction combinée du plus grand nombre possible de besoins et d'intérêts.

Comment, en effet, apprécier la quantité d'eau *superflue* dans le régime d'une rivière, si sa portée habituelle n'est pas exactement connue, et si le volume des prises d'eau qui en restreignent la portion disponible n'est pas fixé dans certaines limites? Celui qui a la plus simple notion des procédés hydrauliques usités dans le nord de l'Italie et sur lesquels l'ouvrage de M. Nadault de Buffon donne des renseignements fort instructifs, est aisément convaincu que le perfectionnement du calibrage des eaux dans ce pays y a peut-être plus contribué au progrès des arrosements qu'une excellente législation, et qu'en France il faudra tôt ou tard arriver à des moyens pratiques exacts pour la distribution des eaux, si on veut atteindre un résultat plus parfait de leur emploi [1].

Il appartiendra aux tribunaux et à l'administration de

[1] On distingue en Italie trois sortes de *bouches* pour les aqueducs : les bouches *libres*, dont l'orifice n'est point circonscrit en tout sens d'une manière rigoureuse, comme, par exemple, une tranchée découverte dans le sol ; les bouches *limitées*, dont l'orifice a une dimension précise, comme celle qui résulte d'une pierre forée d'une ouverture carrée ou circulaire; enfin les bouches *modulées*, dans lesquelles un orifice limité se trouve combiné avec une vanne régulatrice de la pression et de la vitesse de l'eau qui y trouve passage. Cet appareil régulateur ou *module* est propre à l'Italie. On connaît dans quelques parties de la France et en Espagne les bouches *limitées*. Les bouches *libres* sont partout les plus répandues. La perfection des appareils hydrauliques de l'Italie a permis d'y établir des unités fixes pour la distribution de l'eau, auxquelles on donne le nom d'*onces*. L'irrigation valencienne a aussi son unité (*fila*) ; mais elle est, ainsi que le *moulon d'eau* du midi de la France, fort imparfaitement déterminée. Voy. Jaubert de Passa, *Voyage en Espagne*, t. I, p. 178, et Nadault de Buffon, *passim*.

Digitized by Google

hâter ces progrès en favorisant l'introduction de mesures exactes pour la répartition des eaux, et en faisant, au besoin, de l'établissement d'ouvrages perfectionnés dans ce but, la condition des concessions ou des règlements qu'ils revêtiront de leur autorité.

Si, dans le cas où l'abondance des eaux le permet, on doit, suivant nous, autoriser le propriétaire riverain à prolonger son aqueduc sur un autre fonds à lui appartenant et même séparé du fonds riverain, parce que son droit d'usage sur l'eau courante n'est limité que par les droits et les intérêts des autres riverains; faut-il cependant aller jusqu'à permettre au propriétaire riverain de céder à un non-riverain son droit sur les eaux, même superflues, qu'il pourrait dériver du cours d'eau principal [1]?

M. Daviel paraît mêler le sort de cette question avec celui de la question précédente, et penser qu'elles doivent être résolues par les mêmes principes [2].

Il nous semble cependant que les termes de l'art. 644 créent à cet égard une distinction profonde. Ces termes donnent au riverain un droit aussi étendu que *ses propriétés*. Ils excluent au contraire par leur silence le non-riverain de toute participation à l'irrigation.

En vain dirait-on que le riverain peut faire au profit du fonds de son voisin ce qu'il pourrait faire au profit du sien. Il n'est pas vrai que touts droits puissent être cédés, surtout

[1] Quelques mots dans la discussion de la Chambre des députés (*Moniteur*, p. 326), et l'opinion de M. Garnier (*Commentaire de la loi sur les irrigations*, p. 12), sont favorables à une solution affirmative de cette question, mais ne nous paraissent pas devoir entraîner la jurisprudence dans cette voie périlleuse.

[2] Il pose la question en ces termes : « Les eaux peuvent-elles être conduites par un propriétaire riverain sur un fonds riverain plus éloigné, ou cédées à un propriétaire non riverain? » p. 6, *Commentaire de la loi sur les irrigations*; voy. aussi p. 14 à 20.

Digitized by Google

ceux qui sont attachés à des situations spéciales. Nous croyons que le droit du riverain doit, comme tel, être considéré comme incessible : « Ce n'est qu'en égard à la qualité de riverain ou de propriétaire que la loi a établi les dispositions favorables de l'art. 644. C'est pour ceux qui ont cette qualité que l'art. 644 doit seulement recevoir son application[1]. »

Cette exclusion absolue des non-riverains par rapport à l'exercice de l'irrigation nous paraît avoir été déjà consacrée, au moins implicitement, par la jurisprudence : un jugement de première instance ayant ordonné un règlement d'eau entre un propriétaire riverain et un non-riverain qui avait pratiqué son canal avec l'assentiment d'un propriétaire riverain opposé, sous la condition expresse que les droits du propriétaire riverain contestant n'éprouvassent pas *le moindre préjudice*, cette réserve prudente ne mit pas néanmoins la décision à l'abri de l'infirmation qui en fut prononcée par l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 8 avril 1826[2].

Ce n'est donc que sur les propriétés non riveraines *à lui appartenantes* que le riverain peut conduire les eaux *superflues* qui coulent devant sa rive.

Il est important de remarquer que dans le cas où l'extension d'une prise d'eau du fonds riverain sur le fonds non riverain serait contestée par les autres cousagers du cours d'eau comme préjudiciable à leurs intérêts, et incompatible avec leurs droits acquis, une difficulté pourrait se présenter *en fait* devant les tribunaux.

La conciliation pourrait être facile pendant certaines saisons de l'année, difficile ou impossible pendant l'étiage.

[1] Dubreuil, t. I, p. 150.
[2] D. P. 26. 2. 184.

Digitized by Google

Dans des cas semblables, les tribunaux, d'après l'art. 645, pourraient user de la faculté, si usitée, de partager les eaux périodiquement suivant le temps, comme on peut les partager suivant le volume et l'espace, là où ce mode de distribution alternative pourrait être suffisamment protecteur des droits préexistants. Si ce mode de conciliation n'était pas admissible, il leur appartiendrait de n'autoriser l'extension de l'irrigation que pendant une saison déterminée, ou mieux encore lorsque le cours d'eau principal serait à un certain niveau fixé par un repère, ou par l'élévation même du seuil de l'aqueduc qui pourrait quelquefois en tenir lieu.

§ IV. — DES DROITS DES PROPRIÉTAIRES DES DIVERS FONDS ASSUJETTIS A LA SERVITUDE LÉGALE D'AQUEDUC, D'APRÈS LES ART. 1 ET 2 DE LA LOI SUR LES IRRIGATIONS.

Après avoir cherché à énumérer et à classer les divers cas dans lesquels la servitude d'aqueduc peut être appliquée aux diverses sortes d'eaux dont les particuliers peuvent avoir à disposer, nous croyons devoir rapidement examiner une question qui se rattache intimement à l'exercice de cette servitude nouvellement introduite dans nos lois.

Quel sera sur les eaux de l'aqueduc d'irrigation établi en vertu de l'art. 1er de la loi, ou du canal d'écoulement établi en vertu de l'art. 2, le droit des propriétaires des fonds assujettis à la servitude? La question n'est pas seulement éventuelle; elle est en quelque sorte normale et nécessaire. Aussi a-t-elle frappé l'esprit de plusieurs des orateurs qui ont pris part à la discussion de la loi qui nous occupe.

« Le projet, a-t-on dit à la Chambre des pairs[1], est muet sur les droits et les devoirs des propriétaires dont le terrain

[1] Discours de M. le président Boullet, *Moniteur*, p. 1046.

Digitized by Google

sera traversé par l'eau. Auront-ils le droit d'en faire un usage quelconque? d'y abreuver leurs bestiaux? Pourront-ils en absorber une partie pour les plantations rapprochées de l'aqueduc? Il serait fort équitable, ce me semble, de leur accorder quelque chose du droit d'irrigation par le moyen d'un partage de frais avec celui qui a fait la prise d'eau. Si on ne leur accorde aucun moyen d'obtenir quelques résultats de l'irrigation, ils seront condamnés à voir passer sur leurs terres ces eaux destinées à féconder d'autres terrains, et ils n'en pourront recueillir la moindre parcelle. Les priver d'une participation quelconque à la jouissance de ces eaux, c'est les exciter à en user frauduleusement. »

La loi est muette en effet sur le point qui nous occupe. Cependant il a été touché rapidement dans la discussion de la Chambre des députés.

M. Joly improvisa un amendement tendant à ce que le propriétaire du fonds traversé par les eaux pût s'en servir pour l'irrigation de son sol, sans toutefois en absorber plus de moitié. Le rapporteur répondit à l'auteur de l'amendement en se référant aux motifs exprimés par la commission dans son rapport[1].

L'amendement fut repoussé sans plus ample discussion.

Malgré le caractère un peu improvisé de cet amendement et peut-être aussi du vote qui l'a suivi, on peut tirer de ce dernier une considération extrêmement puissante contre toute participation des fonds traversés à l'usage des eaux de l'aqueduc.

Toutefois la question pouvant, d'après les paroles d'un des orateurs de la Chambre des pairs, paraître appartenir encore

[1] Voy. *Moniteur*, p. 328, et Supplément du rapport, par M. Dalloz.

Digitized by Google

à la jurisprudence, nous l'examinerons en dehors des graves préjugés résultant des motifs du rapport supplémentaire de la commission de la Chambre des députés et du rejet de l'amendement de M. Joly.

Ici encore l'esprit s'arrête volontiers à considérer distinctement les diverses sortes d'eaux auxquelles le droit d'aqueduc peut s'appliquer.

A l'égard des sources soumises à un droit de propriété absolue de la part du maître du sol sur lequel elles naissent, leurs eaux ont un caractère exclusivement privé. Autoriser le propriétaire du fonds traversé par elles à en absorber une partie pour son usage agricole, serait créer en sa faveur une petite expropriation ou tout au moins une servitude légale en compensation de celle que la loi lui impose. Il est évident que la jurisprudence ne peut s'arroger un pouvoir semblable.

Il faut peut-être raisonner de la même manière à l'égard des dérivations autorisées sur les bords des rivières navigables, bien que pour ces dernières la portée et les effets des concessions qui peuvent en être faites ne soient pas nettement définis par la loi.

Mais, à l'égard des prises d'eau opérées sur les rivières non navigables, des considérations un peu différentes se présentent aux jurisconsultes.

Le riverain qui exerce la faculté à lui conférée par l'art. 644 du Code civil, n'est pas complétement propriétaire, mais plutôt *simple usager* de la prise d'eau pratiquée dans l'intérêt de ses propriétés. Il doit en rendre le superflu au cours ordinaire de l'eau ou peu au-dessous. On peut donc soutenir avec quelque raison qu'une participation d'usage accordée au fonds traversé par une dérivation pareille ne constituerait pas une véritable expropriation des eaux de l'aqueduc, et

Digitized by Google

ne ferait qu'agrandir, en quelque sorte, le cercle de cette communauté, assez imparfaitement réglée, qui existe entre les divers usagers sur les deux rives du cours d'eau.

Les considérations invoquées par MM. Joly et Boullet s'appliquent donc ici avec plus de force que dans le cas où il s'agit d'eaux privées.

On pourrait même dire qu'une jurisprudence semblable à celle par eux souhaitée serait peut-être une garantie contre les abus possibles de la loi nouvelle; qu'elle serait propre à empêcher la trop grande tendance à la dispersion des eaux loin de leur cours principal, tendance qui pourrait se manifester par suite d'une application trop large de la loi du 29 avril 1845.

Cependant le silence de la loi laissant subsister l'empire du droit préexistant, il nous paraît impossible que la jurisprudence, renfermée dans sa sphère limitée, autorise une participation régulière quelconque des fonds traversés par un aqueduc à l'usage agricole ou industriel des eaux qui y coulent.

Le droit commun, que l'on doit consulter dans le silence de la loi spéciale, n'autorise l'application de l'art. 644 du Code civil qu'aux eaux suivant leurs cours naturel. La jurisprudence décide généralement que l'article 644 est inapplicable aux riverains d'un canal creusé de main d'homme [1].

M. Duranton introduit, il est vrai, ici une distinction [2]. Cette jurisprudence ne lui paraît relative qu'aux canaux dé-

[1] Voy. Cassation, 28 novembre 1815, Sirey-Devilleneuve, 16, 1, 374; 9 décembre 1818, id. 19, 1, 166; 17 mars 1840, id. 40, 1, 472. Bordeaux, 2 juin 1840, id. 40, 2, 355. Daviel, t. 2, n° 844; Proudhon, *Du Domaine public*, t. III, n° 1065.

[2] *Cours de Droit civil*, t. V, n° 240.

Digitized by Google

pendant de la propriété des usines ou des fonds auxquels ils aboutissent[1].

Le cas d'un aqueduc de servitude lui semble devoir être différemment réglé : « Si, au cas contraire, dit-il, son fonds n'est grevé que d'une simple servitude de conduite d'eau, ce propriétaire ne peut rien faire sans doute qui diminue l'usage de la servitude quant à l'objet pour lequel elle a été établie; mais il peut du moins se servir du superflu de l'eau, soit quand l'usine est en chômage, soit lorsque les eaux sont très-abondantes : en un mot ses obligations et ses droits à cet égard sont écrits dans l'art. 701. »

On voit que ce droit attribué au propriétaire du fonds servant sur le trop-plein accidentel de l'aqueduc qui traverse son sol, droit à l'égard duquel l'opinion de M. Duranton est fort controversée[2], est loin, dans tous les cas, de constituer une participation sérieuse et régulière au profit de l'aqueduc dans les termes de la question dont nous nous occupons.

Ce superflu d'eau, dont parle M. Duranton, ne peut avoir qu'une assez minime importance dans un canal d'irrigation pratiqué en vertu de la loi nouvelle aux dépens d'une rivière non navigable. D'une part, en effet, les tribunaux et l'administration ne devront autoriser que les dérivations propor-

[1] Telles sont, en effet, les espèces de la plupart des arrêts que nous venons de citer.

[2] Voy. Dubreuil, *Analyse de la législation des eaux*, t. I, p. 143 et 282. Cet auteur ou son annotateur considère le superflu même d'une eau privée comme une partie indivisible de la propriété, que nul ne peut enlever aux légitimes possesseurs en dehors des cas prévus par la loi. M. Daviel adopte l'opinion de M. Duranton (p. 27 de son *Commentaire*). Nous ne croyons pas que l'art. 701 doive servir à résoudre cette question, et il nous semble que le dérivant, qu'il soit propriétaire du tréfonds de son canal, ou qu'il n'en jouisse qu'à titre de servitude, a l'usage exclusif des eaux qui y coulent, pour son irrigation.

Digitized by Google

tionnées, quant à leur volume, aux besoins des fonds qu'elles doivent arroser, et d'autre part, on ne peut supposer sur un canal d'irrigation des chômages semblables à ceux dont parle M. Duranton dans l'hypothèse différente dont il s'est occupé. Le superflu d'eau dont il s'agit ne pourra donc être que le résultat de circonstances tout à fait accidentelles et dont la prévision ne peut être aucunement l'objet d'un règlement sérieux; il ne donnera lieu le plus souvent qu'à une faculté d'abreuvage ou de puisage peu importante à considérer ici.

En résumé, toute participation régulière du propriétaire du fonds servant à l'usage de l'eau qui traverse son fonds est aussi étrangère aux règles du droit commun qu'au texte de la loi nouvelle dont elle a été repoussée.

Il ne sera peut-être pas sans intérêt de rappeler sur ce point l'opinion d'un jurisconsulte célèbre qui a écrit dans la langue et sous l'influence des traditions du pays auquel le principe de la loi nouvelle a été emprunté.

Voici comment s'exprime Romagnosi dans son ouvrage sur la *Conduite des eaux*[1].

« En fixant son attention sur l'usage et la direction de l'aqueduc, on pourrait demander si les droits établis par l'article 644 du Code Napoléon compètent aux propriétaires dont l'eau traverse le fonds ou dont elle baigne les confins. On doit répondre que non. Le maître de l'aqueduc a la propriété primitive de l'eau et du lit, et la charge du curage et de l'entretien de l'aqueduc même, comme on l'induit clairement de l'art. 52 de la loi du 20 avril 1804[2]. Cela posé, il s'ensuit que la masse du cours d'eau ainsi que le terrain qu'il occupe

[1] *Della condotta delle acque*, t. I, p. 121.

[2] Voyez *suprà* le texte de cet article, traduit en ces termes par M. de Mauny de Mornay (Rapport au ministre, p. 52) : « Quiconque, possédant légitimement des eaux privées ou publiques, entend les dériver dans l'intérêt de l'agriculture ou pour mettre en jeu des machines ou engins hydrauliques, peut les faire passer sur le terrain d'autrui en payant la valeur, constatée

Digitized by Google

et tout ouvrage destiné à la construction ou au maintien de l'aqueduc, sont la propriété exclusive de son auteur, et par conséquent aucun autre ne pourrait en user sans son consentement tacite ou exprès ; autrement ce serait commettre une violation formelle du droit de propriété. Tout cela est commun tant aux aqueducs d'introduction qu'à ceux de décharge[1]. Mais à l'égard des premiers il existe une raison plus spéciale. En supposant que celui qui acquiert une prise d'eau ait pour but de la faire servir à son propre fonds inférieur, et que pour l'y conduire il lui fasse traverser les fonds supérieurs appartenant à des tiers, il a le droit de la faire arriver tout entière au fonds pour le service duquel il l'a acquise. Sans cela il n'atteindrait pas son but particulier et resterait privé du bénéfice qu'il attend. »

par estimation, du terrain occupé par l'aqueduc à construire, plus le quart en sus; en s'obligeant à entretenir cet aqueduc, les berges, les travaux d'art, etc., comme encore à indemniser le propriétaire asservi de tout dommage que l'opération pourrait causer au fonds traversé. »

[1] A l'égard des eaux de ces aqueducs ou *colatures*, les lois italiennes donnent un droit spécial aux propriétaires qui pourraient en profiter. L'art. 560 du Code sarde est conçu en ces termes : « Tout propriétaire ou possesseur d'eau peut en user à sa volonté et même en disposer en faveur d'autres personnes, s'il n'y a titre ou possession contraire; mais après s'en être servi, il ne peut détourner les eaux de manière à en occasionner la perte au préjudice des autres fonds qui seraient à même d'en profiter, sans donner lieu à aucun regorgement, ni causer d'autre dommage aux usagers supérieurs. Celui qui voudra tirer avantage de ces eaux en devra payer la valeur, soit qu'il s'agisse d'une source existante dans le fonds supérieur, ou de toute autre eau qui y aurait été introduite ensuite d'une concession. » Le besoin d'une disposition analogue à celle de cet article a été quelquefois manifesté en France. Le rapporteur de la Commission du conseil général d'un département dans lequel l'irrigation est pratiquée avec intelligence (le département du Cantal) disait en 1843 : « Il existe des propriétaires qui, après avoir arrosé leurs prés, rejettent les eaux dans les ruisseaux et les rivières qui les ont fournies, tandis que les voisins pourraient les utiliser avantageusement..... Ne pourrait-on pas les forcer à céder les eaux moyennant une indemnité réglée par les tribunaux? »

Digitized by Google

Nous savons qu'on pourra faire remarquer au sujet de l'opinion du jurisconsulte que nous venons de citer, que la loi française du 29 avril 1845 ne constitue pas l'arrosant *propriétaire* de l'aqueduc établi sur le fonds voisin (ainsi que Romagnosi le suppose dans son raisonnement fondé sur la jurisprudence lombarde), mais simple possesseur d'une servitude sur ce même fonds. Nous avons déjà montré toutefois le peu d'influence que cette distinction peut avoir en réalité sur la question qui nous occupe. Et, dans tous les cas, les considérations tirées par Romagnosi de l'incertitude fâcheuse dans laquelle serait jeté, à l'égard des résultats de son entreprise, celui qui se verrait exposé à un partage forcé avec tous les propriétaires des fonds que son eau devrait traverser, ces considérations restent dans toute leur force, et doivent contribuer avec les divers motifs que nous avons déduits plus haut, à faire rejeter formellement toute participation de droit des fonds traversés par l'aqueduc à l'usage des eaux qui y coulent.

On aurait pu, sans doute, favoriser législativement les irrigations par une double voie : ou, suivant la pensée de quelques législateurs, et notamment de M. Parès, en réservant la protection de la loi à l'association des arrosants et aux grandes entreprises en ce genre ; alors, et pour stimuler ce genre de travaux, il eût fallu n'accorder l'exercice du droit d'aqueduc qu'aux propriétaires d'un certain nombre d'hectares assez considérable : ou, enfin, en prêtant un secours efficace aux entreprises de l'intérêt privé, toutes les fois qu'il serait assez sérieux pour obtenir la protection de la justice. C'est ce dernier parti qui nous paraît avoir été embrassé par le législateur de 1845. C'est au génie actif de l'intérêt particulier que la loi a été surtout confiée. L'amendement de M. Joly aurait eu pour résultat naturel d'en contrarier l'essor.

La participation des fonds traversés au bénéfice de l'irri-

Digitized by Google

gation devra donc être une faculté laissée au libre jeu des conventions privées. Quelquefois, sous ce point de vue, elle pourra amener des transactions heureuses qui adouciront le froissement résultant de l'application d'une servitude imposée. Une sorte de compensation contractuelle pourra s'établir entre la valeur de l'eau concédée et l'indemnité due pour le passage du surplus[1]. Ce n'est qu'ainsi que la participation du fonds servant à l'avantage de l'irrigation pourra se rattacher à l'application de la loi nouvelle.

Nous terminerons ici l'examen auquel nous nous sommes livré sur les principales questions que soulève l'œuvre récente de nos législateurs. Il nous reste à émettre le vœu que d'autres dispositions, sollicitées par les besoins de la législation rurale, ne tardent pas à se rallier au principe isolé dont nous avons cherché à déterminer les conséquences normales.

Quelques-unes des idées que nous avons émises sont sujettes à des discussions qu'il ne nous a pas été donné de résoudre et clore avec autorité. Nous espérons toutefois avoir souvent atteint la vérité; et, là même où elle nous aurait échappé, peut-être, nous le souhaitons au moins, nos recherches pour la trouver ne seront-elles pas inutiles à ceux qui auront la mission d'appliquer la loi nouvelle ou de contribuer au développement des innovations dont elle renferme le germe!

ESQUIROU DE PARIEU.
Docteur en droit, avocat à la Cour royale de Riom.

[1] Une convention de ce genre sera surtout d'une conclusion facile à l'égard des eaux d'écoulement que l'arrosant devra conduire dans des canaux *construits par lui* sur les fonds inférieurs, ainsi que l'a fort bien expliqué M. Daviel (page 29 de son *Commentaire*). Lorsqu'il s'agira des dérivations d'*un cours d'eau*, l'arrosant n'ayant que l'usage de ces eaux et devant les rendre à leur cours naturel, il ne pourra, suivant ce que nous avons établi plus haut, en céder aucune part aux non-riverains, contre le gré des autres co-usagers.

Digitized by Google

DES LIBERTÉS
DE L'ÉGLISE GALLICANE.

(Second article [1]).

Nous avons démontré que les maximes de l'Église gallicane ne sont autres que les maximes de l'Église universelle fidèlement retenues et conservées dans l'Église de France; tandis que les idées ultramontaines sont nées de la prétention des papes du moyen âge à la monarchie universelle. C'est ce qu'avoue le défenseur le plus éloquent et le moins dissimulé de ces maximes étrangères, M. de Maistre : « l'in-« faillibilité, dit-il, ne renferme précisément que l'idée de la « souveraineté telle qu'elle se présente partout. » Il y a, en effet, on ne peut s'y méprendre, une inévitable connexité entre le principe libéral du gouvernement de l'Église, selon les gallicans, et ces libertés politiques elles-mêmes qui étaient si odieuses à M. de Maistre. C'était le système représentatif que M. de Maistre poursuivait de ses attaques dans la déclaration célèbre de 1682. « Croire que la puissance du « pape doive être modérée par les canons, s'écrie-t-il, c'est « une théorie enfantine; » et ailleurs il ajoute : « Pour ré-« duire un sectaire, à quoi bon un concile œcuménique, « quand le pilori suffit[2]? »

On le voit, c'est la politique du despotisme qui veut pénétrer dans l'Église et presque malgré l'Église; car si depuis

[1] Voy. *Revue de législation*, nouvelle série, 1845, t. II, p. 341.

[2] Voy. de Maistre, *De l'Eglise gallicane dans son rapport avec le souverain pontife*, p. 181 et 143; et *Du Pape*, t. I, p. 390 (édition de 1820).

Digitized by Google

deux siècles la papauté a montré quelquefois une juste affliction de la forme peu respectueuse avec laquelle la limite de ses droits était discutée, elle a toujours été parfaitement circonspecte sur le fond même de la question; elle n'a jamais voulu sérieusement confondre avec les règles de la foi les propositions controversées; et si le pape Pie VI a condamné dans une bulle célèbre la déclaration d'un synode italien, qui mettait au rang des maximes de foi les maximes de l'Église gallicane, Pie VI, à notre sens, était parfaitement dans son droit. Il n'érigeait point en croyance obligée les propositions ultramontaines, mais il pouvait ne pas souffrir qu'on attribuât, en Italie, cette qualité sacrée aux propositions gallicanes elles-mêmes. Autre chose était, pour lui, la discussion doctrinale, libre et ouverte à tous; autre chose était le dogme lui-même.

Les maximes gallicanes sont celles de l'Église catholique conservées jusqu'à nos jours par une tradition non interrompue. Un Père de l'Église, du quatrième siècle, a le premier proclamé que l'ÉGLISE EST DANS L'ÉTAT, ET NON PAS L'ÉTAT DANS L'ÉGLISE; *non enim respublica est in ecclesia, sed ecclesia in republica, id est in imperio romano*[1]. Cette maxime tutélaire, qui fait le fondement de notre droit public ecclésiastique français, n'est donc pas une nouveauté. C'est donc une erreur de croire, comme on l'a dit, que les maximes gallicanes constituent une sorte de formule d'affranchissement née de l'anarchie schismatique de l'Occident; franchise usurpée sur la faiblesse de la papauté pendant cette période. Sans doute les troubles suscités par le schisme furent une grande occasion de proclamer nos maximes, mais elles ne les firent point éclore, et leur triomphe alors fut celui de l'u-

[1] Saint Optat, *De Schism. donat.*, lib. III, cap. III.

Digitized by Google

nité catholique elle-même. Comment aurait fini le schisme d'Occident, si le principe de la suprématie des conciles n'eût pas été respecté par tout le monde?

Avant de s'appeler *libertés de l'Église gallicane*, nos maximes s'appelaient *libertés canoniques;* elles sont ainsi nommées dans un diplôme de Louis le Jeune[1], et le mot *libertés* ne signifiait alors que *le droit* ou *la coutume canonique;* ce fut plus tard la coutume gallicane. *Ante ista tempora*, dit l'archevêque de Marca, *libertas canonica dicebatur in Gallia usus canonum nulla vi vel impressione externa imminutus..... Sed debilitata in ceteris canonum auctoritate, ut significaretur apud nos aliquam partem canonicæ libertatis retineri, libertatis Ecclesiæ gallicanæ speciale nomen inductum est.*

Ce fut au milieu des démêlés d'Eugène IV et du concile de Bâle que Charles VII assembla le clergé français à Bourges, en 1438, pour délibérer sur les affaires de la religion. Tout en restant fidèle au pape Eugène, l'assemblée adopta les décrets du concile, avec quelques modifications conformes aux usages de France. On rédigea la délibération de l'assemblée en vingt-trois articles, auxquels on donna le nom de *pragmatique sanction*. Les premiers articles étaient relatifs à la juridiction des conciles. On y remettait le jugement des discussions qui troublaient l'Église à la décision suprême d'un concile général dont on provoquait la prochaine convocation, et l'on y décrétait en principe que le concile général était le vrai représentant de l'Église militante; que sa puissance dérivait immédiatement de Dieu, et que toute autorité spirituelle lui devait obéissance, *etiamsi papalis existat.*

D'autres articles étaient étrangers à l'ordre actuel des

[1] Marca, *De concordia sacerdot. et imper.*, p. 217, édition citée.

Digitized by Google

choses. Je n'en rappellerai que deux : l'un qui abolissait *les annates,* impôt véritable que la cour de Rome prélevait, en France, sur les bénéfices vacants, et qui rendait au saint-siége des sommes considérables[1]; l'autre qui rétablissait l'antique liberté des élections pour la nomination aux évêchés. C'étaient ces deux articles qui, frappant la cour de Rome dans ses intérêts matériels et dans sa prérogative la plus précieuse, blessaient surtout la chancellerie pontificale. Louis XI, emporté par les calculs passionnés de sa politique italienne, fit à un intérêt ultramontain le sacrifice de la pragmatique; mais l'opposition des Parlements en empêcha la consommation. Charles VIII et Louis XII, suivant une politique opposée à celle de Louis XI, se firent gloire de maintenir la pragmatique. De là naquirent des contestations entre Rome et la France, qui ne furent terminées que par le traité célèbre conclu entre Léon X et François Ier en 1517, et qui a reçu le nom de *concordat.*

Conservant plusieurs articles de la pragmatique, gardant le silence sur d'autres qui n'avaient plus d'application actuelle, et celui de la suprématie des conciles était du nombre, le concordat dérogea au décret de 1438 dans un point capital. Il rétablit tacitement les annates; mais il plaça dans les mains du roi la nomination des évêques et dans celle du pape leur institution.

Cette dernière innovation fut l'objet d'une polémique très-vive et qui s'est continuée jusqu'à nos jours. Dès que le concordat fut connu, il excita les plus vives réclamations de la part du clergé qui perdait les élections, et de la part des Parlements et des Universités qui soutenaient le clergé. Dans

[1] En 1788, cet impôt s'élevait encore à 700,000 livres environ. Au quinzième siècle, les annates s'élevaient, bon an, mal an, à 200,000 livres : elles avaient été réduites dans les derniers temps.

Digitized by Google

les uns, c'était l'attachement à un droit précieux, dans les autres le zèle pour la pragmatique, qui avait une grande popularité. Le Parlement et l'Université de Paris interjetèrent appel au futur concile, et ce ne fut qu'après une longue résistance que l'on obtint (en 1518) l'enregistrement nécessaire pour l'exécution du traité; encore même le Parlement, en enregistrant, ordonna-t-il qu'il serait mis sur le repli du *concordat*, qu'il avait été lu et publié du très-exprès commandement du roi, et déclara-t-il que dans les jugements on continuerait à suivre la pragmatique. Et, en effet, la chose se pratiqua ainsi.

La pragmatique ne fut donc considérée comme abrogée que dans les points où elle différait du concordat, et comme les articles relatifs aux maximes gallicanes n'étaient pas de ce nombre, la *pragmatique* a continué d'être loi de l'État pendant le seizième siècle, concurremment avec le concordat. C'est sur ces deux actes célèbres qu'a été fondé dès lors le droit public ecclésiastique français. J'ai vu vingt éditions usuelles de l'une et l'autre de ces lois, réunies en un seul volume, imprimées pendant le seizième siècle, avec un commentaire du président Guimier, pour les besoins de la pratique. On y joignait la pragmatique de saint Louis. Dans le dix-septième siècle même, le savant et catholique Doujat ne regardait pas la pragmatique comme abrogée dans les points où elle n'était pas opposée au concordat conclu par le cardinal Duprat, homme dont la renommée suspectée contribua beaucoup à soulever les esprits contre la célèbre transaction de François Ier.

Lorsque advint la réunion du concile de Trente, les esprits étaient encore échauffés de ces controverses; et quand on proposa de recevoir les décrets de Florence, qui étaient hostiles à nos libertés, le cardinal de Lorraine déclara, selon ce

Digitized by Google

que rapporte Pallavicini, « que l'Église gallicane et toute la « France tenaient pour certaine la doctrine de la supério- « rité du concile sur le pape; de sorte que, ajouta-t-il, ce « serait une erreur et une folie d'imaginer qu'un seul évêque « français voulût embrasser l'opinion contraire. » On a même du cardinal de Lorraine une lettre admirable, qu'il écrivit à ce sujet, et dans laquelle il dit : « Je ne puis nier que je « suis Français, nourri en l'Université de Paris, en laquelle « on tient l'autorité du concile au-dessus du pape;..... et « pour ce, l'on fera plutôt mourir les Français que d'aller « au contraire. Les théologiens, poursuit-il, crieront jus- « qu'au ciel. Les priviléges du royaume sont tous fondés et « appuyés sur cette vérité. Penser que nul prélat français s'y « accorde, c'est une folie. » Cette lettre fut montrée au pape, et le détermina à retirer la proposition faite par ses légats.

« Personne n'ignore », dit un prélat qui a vécu de nos jours, « que ce fut la résistance des évêques français et de « leurs nombreux adhérents qui fit supprimer à Trente le « canon préparé par des évêques italiens, sur l'autorité du « chef de l'Église, parce que ce canon semblait établir l'in- « faillibilité du pape et sa supériorité sur les conciles géné- « raux. Ce fait décisif est en même temps si incontestable et « si notoire, qu'il est raconté de la même manière, quant au « fond, par Fra Paolo et par le cardinal Pallavicini. »

Tout le monde connaît cependant la fameuse bulle *in Cœna Domini*, qui condamnait la doctrine de la suprématie des conciles : elle fut l'objet de plusieurs manifestations éclatantes de la magistrature et de l'épiscopat français. Un historien justement estimé, M. Berault-Bercastel, appelle cette bulle *la terreur de la chrétienté* : elle appartient encore à des temps de trouble et qui sont de funeste mémoire pour l'Église. Un arrêt du Parlement de l'an 1580 défendit de la publier.

Digitized by Google

Quant à l'épiscopat, il déclara, dans le concile provincial de Tours (de l'an 1583), qu'elle était inadmissible en France; et, en 1591, une grande assemblée du clergé, réunie à Chartres, s'exprima d'une manière énergique à ce sujet.

« Après avoir conféré (disent les cardinaux, archevêques et évêques réunis) et mûrement délibéré sur le fait de ladite bulle, avons reconnu, par l'autorité de l'Écriture sainte, des saints décrets, conciles généraux, constitutions canoniques et exemples des saints Pères, dont l'antiquité est pleine, *droits et libertés de l'Église gallicane, desquelles nos prédécesseurs se sont toujours prévalus.....* que lesdites monitions, interdictions, suspensions et excommunications sont nulles, tant en la forme qu'en la matière..... dont nous avons jugé être de notre devoir et charge de vous avertir, afin que les plus infirmes d'entre vous ne soient circonvenus, abusés, ou divertis de leur devoir envers le roi et leurs prélats, et lever en cela tout scrupule de conscience aux bons catholiques et fidèles Français; nous réservant de représenter et faire entendre à notre saint Père la justice de notre cause et de nos saintes intentions. »

Ici s'ouvre une période intéressante de l'histoire de nos doctrines, c'est la période des guerres de la Ligue, pendant lesquelles la théorie de la suprématie pontificale devait naturellement trouver des sectateurs aussi ardents que la suprématie des conciles, comparée en ce temps à l'autorité des États généraux et à la souveraineté nationale. La controverse fut passionnée; elle se compliquait des intérêts politiques de l'époque. Le docteur Duval fut, à vrai dire, alors, le fondateur de l'école française des ultramontains; et Richer, qui avait commencé par être ligueur, se jeta dans un extrême opposé pour défendre les maximes nationales.

La querelle des gallicans et des ultramontains était la

Digitized by Google

querelle même du parti espagnol et du parti d'Henri IV. La magistrature devait jouer un grand rôle dans ces débats. Déjà depuis plus d'un siècle elle était entrée fort avant dans la question, en prenant la charge de défendre la pragmatique et le clergé opposant au concordat. La protection zélée qu'elle donna au principe gallican l'immisça toujours davantage dans la controverse, et les appels comme d'abus donnèrent la sanction de l'autorité à ses opinions et à ses décisions. L'entraînement inévitable des circonstances porta les magistrats et les jurisconsultes à l'empiétement et à l'exagération. Le clergé éprouva même une sorte d'embarras de position envers ses trop puissants protecteurs, et la prédominance de la magistrature devint encore plus hardie, lorsque la question gallicane eut pris les proportions d'une question politique, d'une question de dynastie, d'une question de nationalité, d'une question de révolution et de suzeraineté étrangère. L'envahissement magistral fut à ce point que le Parlement sembla cumuler la double fonction d'administrer le culte religieux et de faire exécuter les lois civiles. C'est de cette époque que Fleuri dit : « Que les libertés de l'Église gallicane étaient devenues des servitudes. » C'est pendant cette période que certains esprits ont rêvé la création d'un patriarcat français ; c'est alors que furent composés ces ouvrages écrits d'un style si piquant et si vif, qui ont été réunis plus tard dans une compilation destinée à servir de *preuves* à un ouvrage resté célèbre, sous le nom de *Libertés de l'Église gallicane*.

Dans l'ardeur des disputes, les ultramontains, partisans de la Ligue et de l'Espagne, reprochaient souvent à leurs adversaires que leurs *libertés estoient comme chimères sans substance de corps, pour ce qu'il n'y en avoit rien d'écrit*. Ce fut pour répondre à cette allégation que P. Pithou rédi-

Digitized by Google

gea, en une manière approchant des formules juridiques, un opuscule curieux qui obtint une grande estime, autant par le mérite de l'ouvrage que par la réputation bien fondée de son très-savant auteur. Pithou était certainement l'homme de son temps le plus versé dans le droit canonique et dans l'histoire juridique de la France. L'autorité respectée de son nom et de sa science se communiqua rapidement à son ouvrage, qui fut accepté comme l'expression la plus complète et la plus authentique des franchises gallicanes. La première édition parut en 1594. P. Pithou en offrit l'hommage à Henri IV.

« Sire, lui dit-il, voyant qu'entre les désordres et confusions survenus en ce royaume, *aucuns*, par malice et ambition, calomnient; *autres*, par ignorance ou lascheté, méprisent indiscrètement, comme fantosme ou chimères, ces beaux droits et ce précieux *palladium* que nos plus sages et plus dévotieux ancêtres nous ont, avec tant de soin et de vertu, religieusement conservé jusqu'à présent sous le titre de *Libertés de l'Église gallicane ;* j'ay pensé estre de mon devoir, pour en raffraîchir aucunement la mémoire de nostre âge, et en tout événement la transmettre à la postérité, de comprendre *en bref*, le plus naïvement et simplement que le sujet peut porter, ce que à l'instante prière de plusieurs gens de bien et d'hommes de tous estats, j'en avois rassemblé et recueilli, reservant la preuve... à un plus ample traité. — Tel qu'est ce sommaire, sire, j'ai pris la hardiesse de vous le présenter en toute humilité comme à celui qui, portant le titre de roy très-chrestien, premier fils et protecteur de l'Église, et particulièrement estant patron de celle de vostre royaume, *y avez le premier et principal intérest;* le soumettant néanmoins au jugement de ceux qui en peuvent et en doivent juger, et protestant devant Dieu n'avoir eu de ma part autre

Digitized by Google

but et intention que de satisfaire au devoir naturel et légitime que j'ai à son service et à celui de Votre Majesté, ensemble au bien commun du pays. »

Ce petit livre, écrit avec la simplicité de la foi antique et la noble majesté d'une pensée profonde et vraie, eut une vogue singulière; il est resté comme le principal monument de la polémique du seizième siècle; il en résume l'esprit et les phases diverses; il est né de la controverse animée d'un temps de révolution, et pourtant il respire une admirable sérénité; il ne faut point le juger au point de vue du dix-neuvième siècle dont il n'exprime plus les intérêts ni la pensée; mais il faut se souvenir qu'il a été écrit sous la Ligue, et en un temps où la fureur des partis rallumait les feux éteints des foudres pontificales du moyen âge, au profit des passions politiques d'une faction et d'une puissance étrangère. C'est en se pénétrant de cette pensée historique que l'on comprend l'éloge magnifique donné par le chancelier d'Aguesseau à cet ouvrage qui est si loin aujourd'hui d'une application actuelle et possible. « Quoique ces maximes, dit d'Aguesseau, ne soient que l'ouvrage d'un simple particulier, cet ouvrage est si estimé et en effet si estimable, qu'on l'a regardé comme le *palladium* de la France, et qu'il y a obtenu une sorte d'autorité plus flatteuse que celle des lois elles-mêmes, puisqu'elle n'est fondée que sur le mérite et la perfection de son ouvrage. »

De son côté, le président Hénault atteste que les maximes de Pithou ont, en quelque sorte, force de lois, quoiqu'elles n'en aient pas l'authenticité [1]. Ainsi, pendant deux siècles, l'ouvrage de Pithou a été comme le *Code* des Parlements et

[1] L'ouvrage de Pithou se trouve dans le *Manuel du droit ecclésiastique* de M. Dupin.

Digitized by Google

des hommes d'Etat, dans la matière des rapports de l'Église de France avec la cour de Rome, et du pouvoir politique avec le pouvoir religieux en général. Il faut le dire, cet ouvrage est empreint d'un catholicisme pur, d'une raison sévère et d'une profonde modération. La vieille maxime française qui faisait du roi le premier et principal évêque du royaume, maxime encore subsistante au dernier siècle dans le cœur de la noblesse épiscopale, est réduite dans Pithou à sa raison logique et à sa véritable expression.

Mais ce livre avait produit un autre résultat : il avait fait sortir des mains du clergé, pour la faire passer aux mains des jurisconsultes, la défense des traditions nationales et de la doctrine ecclésiastique de France. Le clergé, quoiqu'il professât les mêmes opinions, en éprouva pourtant un mécontentement secret qui s'accrut par l'extension du pouvoir des Parlements. Le mécontentement fut à son comble lorsque Dupuy eut donné du livre de Pithou une nouvelle édition appuyée de recherches hardies et curieuses, et suivie des ouvrages les plus hardis que le siècle eût produits sur la question. A un sentiment de susceptibilité naturelle, le clergé joignait un grief plus réel et plus vrai. La discussion laïque de ces questions de discipline ecclésiastique n'avait pas toujours la mesure convenable; elle compromettait en divers points les rapports de l'épiscopat avec le saint-siége; et, dépouillant toute forme affectueuse, elle tendait plutôt à la scission qu'au maintien de l'unité. Telles furent les causes diverses qui motivèrent l'avis doctrinal du clergé de France de 1626, et surtout la déclaration de 1639, dans laquelle la compilation de Dupuy était répudiée par l'épiscopat.

Les frères Dupuy étaient des hommes fort savants; héritiers de la patience et de l'érudition de Pithou, ils porté-

Digitized by Google

rent plus avant que lui la défense, et la changèrent en agression. Ils étaient entrés dans les projets de Richelieu, et la publication du fameux livre des *Libertés* fut attribuée par le clergé à l'instigation du cardinal. Au sein des États généraux de 1614, la lutte entre la magistrature et le clergé avait été vive et irritante : c'était une lutte de prépondérance entre les deux premiers ordres de la monarchie. Richelieu se servait des uns pour attaquer les autres, et il avait ainsi à la longue raison de tous les deux. On a un piquant récit de l'archevêque de Toulouse, Montchal, relatif à ces divers événements. « Le cardinal, dit-il, ne se lassant pas de malfaire, fit publier deux volumes qui avaient pour titre les *Libertés de l'Église gallicane*, mais pour but sa destruction, puisque c'étaient des recueils de toutes les entreprises que la puissance séculière a jamais faites contre l'Église, même en temps des schismes, ou dans ces contentions qui portent les parties de part et d'autre à faire tout ce qu'elles peuvent et ce qu'elles ne peuvent pas... » Montchal ajoute « qu'il y avait dans ces volumes des procédures contre des cardinaux et l'ordre que la France a autrefois tenu dans les schismes, qui faisaient voir le dessein que le cardinal avait de faire rupture avec le saint-siége pour se faire élire patriarche, dont même il s'était ouvertement déclaré à M. le prince de Condé, de quoi..... les prélats étaient émus, et M. Bologneti, nonce de Sa Sainteté, en témoignait grand ressentiment et sollicitait les prélats de censurer ces livres, comme ils firent, M. de Sens en étant le promoteur, sans que les artifices et menées du cardinal les en pussent divertir [1].

[1] Voyez une excellente notice sur le livre des *Libertés*, par M. Demante fils, dans la *Biblioth. de l'École des chartes*, t. v, p. 585.

Digitized by Google

Ce curieux récit de Montchal explique parfaitement le changement de caractère de la question. A la question ultramontaine avait succédé une question personnelle et une question de rivalité intérieure. La première avait pour objet l'audacieuse ambition qu'on imputait à Richelieu; la seconde, les démêlés de prééminence entre les Parlements et le clergé. Ces querelles intestines, assoupies d'abord pendant quelque temps sous Louis XIV, se compliquèrent bientôt de l'affaire du jansénisme, affaire qui présenta de regrettables incidents, mais dans laquelle l'épiscopat s'unit avec la papauté et avec la royauté; cette union adoucit les aspérités de la lutte nouvelle qui allait s'élever.

La déclaration de la Faculté de Paris, de l'an 1663, fut comme le précurseur de la plus éclatante manifestation qu'aient reçue les maximes de l'Eglise gallicane. Elle fut suivie de plusieurs édits conformes, et, entre autres, de celui de 1679, relatif à l'enseignement du droit, lequel portait, art. 4 : *Enjoignons aux professeurs de s'appliquer particulièrement à faire lire et faire entendre par leurs écoliers les textes du droit civil et les anciens canons qui servent de fondement aux libertés de l'Eglise gallicane.*

Une mésintelligence avait éclaté entre la cour de Rome et la cour de France à l'occasion du droit de régale, que Louis XIV voulait étendre à tout le royaume. La chancellerie romaine inonda la France de brefs dont la violence n'était plus en harmonie avec l'esprit de ce siècle. Un de ces brefs condamnait au feu un arrêt du Parlement de Paris, qui exposait les lois et les maximes de la France; un autre bref refusait l'institution canonique à un évêque nommé par le roi; un autre bref s'attaquait à l'archevêque de Toulouse; un autre enfin censurait un livre composé par ordre

Digitized by Google

de l'assemblée du clergé de 1665. « Ce qu'on aurait peine à croire, dit un écrivain d'une irrécusable autorité[1], c'est qu'on était encore à Rome frappé d'un tel aveuglement, qu'on imaginait d'y ressusciter les vieilles prétentions des papes sur la souveraineté des rois, au lieu de les laisser ensevelies dans un oubli éternel. Cette seule pensée, dans un tel siècle, suffisait pour justifier la convenance et la nécessité de la déclaration du clergé de France. »

Le retour de ces actes arbitraires devait donc provoquer des mesures de défense, proportionnées au caractère de l'attaque. Les brefs étaient de l'an 1681. En 1682 eut lieu la fameuse assemblée du sein de laquelle sortit la déclaration et la promulgation des quatre articles. Ce n'étaient plus les formules savantes mais surannées de Pithou; c'était le génie du plus grand des docteurs de l'Eglise française qui allait porter sur la doctrine de seize siècles le flambeau de la raison moderne, éclairé par la lumière resplendissante d'une foi irréprochable, et revêtir des plus magnifiques formes du langage la profession immortelle des maximes gallicanes.

La réunion de 1682 avait eu pour objet précis et prévu la question délicate des rapports de la France avec la cour de Rome. On a voulu faire croire que la délibération relative aux quatre articles avait été surprise à une assemblée convoquée dans un autre but, et que la volonté despotique de Louis XIV avait imposé aux évêques et à Bossuet lui-même une démonstration qui répugnait à leur conscience. Rien n'est plus faux que ces allégations.

Les députés du clergé avaient été nommés en 1682 à l'intention de ce qui s'est passé. En souscrivant à la dé-

[1] Le cardinal de Bausset, *Hist. de Bossuet*, liv. VI, ch. XVII.

Digitized by Google

claration, ils ont exactement accompli leur mandat dans une assemblée qui de temps immémorial était en possession de faire des règlements concernant la foi et les mœurs, ainsi que le prouve la collection de ses actes; rien ne démontre mieux la vérité du mandat que la lettre encyclique adressée par les députés à leurs commettants, après l'adoption de la déclaration.

« Vous nous avez envoyés, disent les évêques de l'assem-
« blée à leurs collègues, pour travailler à écarter le danger
« qui menace la paix de l'Eglise gallicane...

« Comme l'ombre même de la division faisait horreur à
« chacun de nous, nous avons cru ne pouvoir pas contri-
« buer plus efficacement à l'unité de l'Eglise qu'en éta-
« blissant, ou plutôt en rappelant aux fidèles DES RÈGLES
« ANCIENNES, propres à assurer la tranquillité de l'Eglise
« gallicane, dont le Saint-Esprit nous a confié le gouverne-
« ment; de telle sorte que désormais personne ne pût, ou
« par une honteuse flatterie, ou par le désir d'une fausse
« liberté, outrepasser les bornes qu'ont posées nos pères, et
« qu'ainsi la vérité, clairement expliquée, nous préserve de
« toute division... Nous avons songé tout à la fois à empê-
« cher que l'Eglise ne fût divisée par des schismes, et l'em-
« pire agité par des troubles et des séditions, surtout dans
« ce royaume, où l'on s'est tant de fois servi du prétexte de
« la religion pour autoriser des révoltes. »

On le voit bien, ce n'est plus l'esprit quelque peu querelleur du seizième siècle qui préside à l'assemblée de 1682, c'est l'esprit lui-même des anciens conciles. On dirait que la Providence a voulu que les discussions tumultueuses et animées au milieu desquelles nos anciens jurisconsultes avaient formulé la doctrine des *libertés*, fussent closes dans le dix-septième siècle, par la raison calme et inspirée des

Digitized by Google

prélats eux-mêmes, plus autorisés que les jurisconsultes, il faut le reconnaître, pour poser à cet égard des règles *canoniques* définitives et immuables; et en effet, la déclaration de 1682 a, par sa sagesse, l'autorité des actes de l'Eglise, et par sa forme, l'imposante majesté d'un monument impérissable. Les évêques de l'assemblée doutèrent si peu de l'assentiment de leurs collègues, qu'ils les prièrent de faire recevoir dans leurs diocèses la doctrine de la déclaration, *de manière qu'on n'enseigne jamais rien qui y soit contraire*. Ils espèrent que *l'unanimité du suffrage de toutes les Églises donnera aux résolutions qu'ils viennent de prendre, l'autorité qu'elles recevraient d'un concile national de tout le royaume, et que les articles de leur doctrine, vénérés par les fidèles, deviendront par la suite des canons immuables de l'Église gallicane.*

La lettre de l'assemblée aux évêques de France se terminait par ces paroles, que le cardinal de Bausset appelle *prophétiques* : « de même que le concile de Constantinople est « devenu universel et œcuménique par l'acquiescement des « pères du concile de Rome; ainsi notre assemblée devien- « dra, par notre unanimité, un concile national de tout le « royaume; et les articles de doctrine que nous vous en- « voyons seront des canons de toute l'Eglise gallicane, res- « pectables aux fidèles et dignes de l'immortalité. »

Rien ne prouve mieux que cette lettre solennelle, contre laquelle ne s'éleva aucune protestation, le concert admirable qui régnait alors entre tous les évêques de France. La fidélité avec laquelle les députés s'acquittèrent de la mission qui leur avait été donnée, l'unanimité qui régna au dedans et au dehors de l'assemblée, rappellent cette union salutaire et éclairée dont l'antiquité nous offre de si précieux modèles.

Digitized by Google

Un incident remarquable signala la discussion de la *déclaration*. L'archevêque de Cambrai (M. de Brias, prédécesseur immédiat de Fénelon), en émettant son avis, ne craignit pas d'avouer avec candeur qu'ayant été nourri dans des maximes opposées à celles de l'Eglise de France, il n'avoit pas cru d'abord pouvoir être de l'avis commun; mais qu'il étoit obligé de dire qu'il avoit été convaincu de la force de la vérité établie par M. l'évêque de Tournay. En effet, le Cambrésis venait à peine d'être réuni à la France, et c'était la première fois que les prélats de cette contrée siégeaient dans une assemblée de l'Eglise gallicane.

Ce qu'il est important de remarquer, c'est que l'édit du roi, qui fut rendu quatre jours après la *déclaration*, pour lui donner force de loi, fut rendu à la demande même de l'assemblée, et que le roi se conforma dans ses dispositions au projet qu'elle avait présenté. L'assemblée allait même encore plus loin que l'édit; elle voulait que les bacheliers en théologie prêtassent serment de ne rien dire ou écrire qui fût contraire aux principes de l'Eglise gallicane.

Sans doute Louis XIV approuva, provoqua même peut-être la manifestation du clergé; mais l'intérêt du clergé était aussi engagé dans la question de la régale que l'intérêt du monarque lui-même; et si d'ailleurs leurs sentiments n'avaient été d'accord avec l'intérêt public, le clergé n'eût pas prêté au pouvoir un appui complaisant qui n'était ni dans ses habitudes, ni dans ses principes.

Les brefs pontificaux dont j'ai parlé avaient irrité l'opinion, et dans la disposition où étaient alors les esprits, il était à craindre de voir adopter des mesures extrêmes : c'est ce que craignait Bossuet lui-même, car il écrivait en septembre 1681 à l'abbé de Rancé : « Vous savez ce que c'est « que les assemblées du clergé, et quel esprit y domine or-

Digitized by Google

« dinairement. Je vois certaines dispositions qui me font un « peu espérer de celle-ci; mais je n'ose me fier à mes espé- « rances, et en vérité elles ne sont pas sans beaucoup de « crainte. »

La grande difficulté était donc de ramener à la modération les esprits agités, et d'écarter toutes les mesures qui pouvaient justifier les ombrages de la cour de Rome à l'endroit de nos maximes. Ce furent ces considérations qui engagèrent Bossuet à prendre pour sujet de son discours d'ouverture l'*unité* de l'Eglise. Le choix était heureux, car il fournissait l'occasion de jeter dans les cœurs des sentiments de paix et de concorde, et de réunir tous les esprits au point central d'où la vivacité des procédés qui avaient fait naître la querelle tendait à les écarter. On sait comment fut remplie la noble tâche de Bossuet dans ce discours magnifique, l'un des chefs-d'œuvre de son auteur, où la profondeur des pensées ajoute encore à l'éclat extraordinaire du langage. Cet ouvrage est trop connu pour que j'en veuille parler encore; mais ce qui l'est moins, ce sont les confidences particulières de Bossuet à ce sujet.

« Indispensablement obligé, dit-il dans une de ses lettres, « de parler des libertés gallicanes, je me proposai deux « choses : l'une de le faire sans aucune diminution de la « vraie grandeur du saint-siége; l'autre de les expliquer de « la manière que les entendent les évêques. » (C'est ici un reflet des impressions de 1639 contre le livre de Dupuy)... « Je puis dire en général que l'autorité du saint-siége parut « très-grande à l'auditoire. Je pris soin d'en relever la « majesté autant que je pus; et, en exposant avec tout le « respect possible l'ancienne doctrine de la France, je m'é- « tudiai autant à donner des bornes à ceux qui en abusaient « qu'à l'expliquer elle-même... Je puis dire que tout le

Digitized by Google

« monde jugea que le sermon était respectueux pour les « deux puissances, pacifique et de bonne intention. »

Il était difficile de traiter avec fermeté les points principaux de nos maximes sans blesser les Romains, dont les prétentions avaient crû avec le temps. « Sur ces points, dit « Bossuet dans la même lettre, on ne biaise point en France, « et je me suis étudié à parler de sorte que, sans trahir la « doctrine de l'Eglise gallicane, je pusse ne pas offenser la « majesté romaine... J'ai parlé net, mais j'ai parlé avec « respect; Dieu m'est témoin que ç'a été à bon dessein... « J'ai toujours eu dans l'esprit, ajoute-t-il, qu'en exposant « l'autorité du saint-siége, de manière qu'on en ôte ce qui « la fait plutôt craindre que révérer à certains esprits, cette « sainte autorité, sans rien perdre, se montre aimable à tout « le monde. »

Ailleurs, il se glorifie d'avoir parlé de la supériorité du concile comme il l'avait fait dix ans auparavant dans son *Exposition* célèbre *de la doctrine catholique*, laquelle avait obtenu la solennelle approbation de toutes les autorités romaines. Enfin, dans une autre lettre, Bossuet dit, avec cet accent qui caractérise son génie : « J'aurais prêché ce que « je dis dans mon sermon, avec autant de confiance, à Rome « qu'à Paris, car je crois que la vérité se peut dire haute- « ment partout, pourvu que la discrétion tempère le dis- « cours et que la charité l'animé [1]. »

Quant à la déclaration elle-même, elle fut l'objet d'une longue et mûre délibération. Une commission fut nommée pour examiner à fond la question : elle fit son rapport par l'organe de M. de Choiseul, évêque de Tournay, et ses

[1] Voy. pour tous ces détails l'*Hist. de Bossuet*, par M. le cardinal de Bausset.

Digitized by Google

conclusions avaient une forme plus absolue que celle à laquelle on s'arrêta, sur la proposition de Bossuet; mais il y eut unanimité sur le fond. « Soyons bien convaincus, dit « l'évêque de Meaux, que le respectueux attachement pour « le saint-siége consiste essentiellement à rejeter les droits « arbitraires et le gouvernement extraordinaire et de ca- « price inconnus aux saints canons; que plus on a de zèle « pour l'ancienne discipline, plus aussi on a sincèrement à « cœur la majesté de l'Eglise catholique et du saint-siége. » Bossuet, dit le cardinal de Bausset, avait pesé avec tant d'exactitude toutes les expressions des quatre articles, que s'il ne put échapper entièrement aux déclamations de quelques ultramontains exagérés, jamais on ne put trouver à Rome le plus faible prétexte de censurer une doctrine qui était appuyée sur tant d'autorités et de monuments respectables.

« La déclaration de l'assemblée de 1682, ajoute M. le cardinal de Bausset, n'éprouva et ne pouvait éprouver aucune opposition en France; elle ne faisait que confirmer une doctrine qui, dans tous les temps, avait été chère à l'Université et à la Faculté de théologie de Paris; et par un concours singulier de circonstances, celui des ordres religieux qu'on accusait de professer habituellement les maximes les plus favorables aux prétentions ultramontaines (*le cardinal veut parler des jésuites*) se trouvait alors engagé à soutenir avec ardeur la doctrine du clergé de France. »

Lorsque la déclaration de 1682 eut été publiée, Louis XIV, par un édit du 23 mars de la même année, ordonna que les quatre articles fussent enseignés dans les Facultés de théologie, et *défendit de rien professer qui pût y être contraire*. Rome en fut alarmée; elle sembla croire, dit M. Frayssinous, que le clergé de France avait voulu porter

Digitized by Google

un *jugement doctrinal*, établir une sorte de *règle de foi*, et condamner *comme des erreurs dans la foi* les opinions des ultramontains. De là des différends entre le saint-siége et la France, qui ne furent apaisés qu'en 1693.

On a beaucoup parlé du despotisme de Louis XIV. Jamais ce grand roi ne montra une modération plus éclairée que dans l'affaire des quatre articles de 1682, et dans celle des *franchises* qui la suivit, où l'avocat-général Talon fit un réquisitoire si véhément. « Louis XIV, dit M. de Bausset, avait voulu se défendre contre Innocent XI; mais il n'avait jamais eu la pensée ni de l'attaquer, ni de l'humilier. Il était au contraire pénétré de respect pour les droits légitimes du saint-siége et pour les vertus du pontife qui y était placé; et le cardinal d'Estrées n'eut pas de peine à lui persuader qu'..... il était digne de sa piété de s'arrêter avec l'Eglise gallicane elle-même à ces bornes saintes et vénérables qu'elle venait de replacer sur leurs antiques fondements. »

Sous Innocent XII, pontife excellent et d'un esprit très-éclairé, la paix et la concorde furent rétablies : il demanda une lettre qui contînt l'assurance *qu'on n'avait pas eu intention de rien définir ni régler dans cette assemblée qui pût déplaire au saint-siége*. Le roi Louis XIV ne se refusa pas à ce tempérament, et la lettre fut écrite par les évêques souscripteurs de la déclaration, auxquels la cour de Rome avait jusque-là refusé leurs bulles.

On a dit que cette lettre contenait une rétractation : la rétractation n'était ni dans l'intention du pontife, ni dans la volonté des signataires; la lettre ne portait que sur le procédé, et c'est ainsi qu'elle a toujours été entendue. « Elle « contenait, dit M. Frayssinous, non une rétractation, « mais un témoignage de la douleur que les évêques avaient

Digitized by Google

« ressentie en apprenant celle qu'avait éprouvée à ce sujet « Sa Sainteté. »

De son côté, Louis XIV écrivit à Innocent XII, le 14 septembre 1693, une autre lettre conciliante et affectueuse; et cette démarche, dit encore M. Frayssinous, « eut l'inesti- « mable avantage de tout pacifier, et n'empêcha pas que « l'enseignement des quatre articles ne prévalût sur tous les « points dans les écoles de théologie. »

Cependant, la condescendance du monarque faillit tourner à mal; en 1713, une nouvelle difficulté s'éleva, et le vieux roi, sur le bord de la tombe, écrivit au cardinal de la Trémouille, son chargé d'affaires à Rome, une dépêche dans laquelle on lisait ces paroles : « On ne trouvera pas « que, depuis l'accommodement que je fis en 1693 avec « Innocent XII, il y ait eu la moindre difficulté à l'expédi- « tion des bulles d'aucun de ceux qui ont soutenu dans leurs « thèses les propositions conformes aux maximes de l'Eglise « de France; et certainement la cour de Rome a rarement « ignoré ces thèses... Le pape Innocent XII ne me demanda « pas de les abandonner lorsque je terminai avec lui les dif- « férends commencés sous le pontificat d'Innocent XI. » A la lecture de cette lettre, Clément XI ordonna qu'on expédiât les bulles, et ce fut le dernier épisode de l'affaire de la déclaration de 1682.

Mais on n'en finit pas à aussi bon marché avec le *parti* ultramontain, ni avec les écrivains qui défendaient ses doctrines. La déclaration de 1682 avait été un coup accablant; elle fut l'objet d'un débordement inouï d'injures et d'invectives; les évêques de l'assemblée furent traités de *ministres de Satan*. Un archevêque de Strigonie écrivait, en 1683, que la déclaration était *pestiférée et schismatique;* le grand-inquisiteur Roccaberti traita nos évêques d'hérétiques, et dit

Digitized by Google

que Louis XIV conspirait avec eux pour répandre sur la France *les flots empoisonnés du Tartare;* et un marquis de Saretto voulut qu'on jetât au feu la déclaration, et avec elle, les prélats qui en étaient les auteurs, les fauteurs ou les approbateurs.

Bossuet composa un grand ouvrage pour la défense de la déclaration. Il voulut le rédiger en latin pour éviter que le vulgaire abusât des vérités qu'il était obligé d'énoncer et de prouver. Il mit un soin extrême à la rédaction de ce livre, qui est certainement le plus savant et le plus complet qui ait été écrit sur la matière; et comme les différends avec Rome étaient apaisés lorsqu'il eut mis la dernière main à son travail, il s'abstint de le publier immédiatement, de peur de rallumer un feu éteint; mais il confia ce livre important à son neveu pour le livrer à l'impression lorsque le moment lui paraîtrait opportun[1]. Ce neveu était celui-là même que Bossuet avait envoyé à Rome pour l'affaire du quiétisme, et qui s'y était montré habile et discret. Sa correspondance est des plus curieuses et des plus intéressantes. Son mérite personnel et le nom de son oncle lui valurent plus tard d'être élevé à l'épiscopat; c'est à lui que nous devons la publication du grand et bel ouvrage de l'évêque de Meaux. L'évêque de Troyes le mit au jour en un moment qui ne pouvait être plus opportun. Toute discussion avec Rome était terminée; la doctrine des quatre articles était enseignée sans contradiction en France; et à l'étranger, cette doctrine avait tant gagné de crédit, que le cardinal Orsi, qui prit la plume pour réfuter l'ouvrage de Bossuet, nous dit lui-même qu'il en-

[1] Dans le calme de la réflexion, longtemps après l'animation du débat, Bossuet a écrit ces paroles: «C'est bien avec une pleine conviction que je « porte cette cause, en toute assurance, au tribunal du Sauveur. »

Digitized by Google

treprend *une tâche difficile et qui n'a plus la faveur de l'opinion.*

Quoi qu'il en soit, Bossuet et son neveu ont été l'objet des plus injurieuses invectives. Ainsi, par exemple, croirait-on qu'un homme du talent et du caractère de M. de Maistre ait écrit d'un prélat irréprochable, portant le nom de Bossuet, qu'il était un *misérable;* et que la *Défense du clergé* était un *mauvais livre? Il n'y a rien,* dit-il, *d'aussi nul que cet ouvrage, et en le regardant comme tel, on rend à la mémoire de Bossuet tout l'honneur qu'elle mérite;* mais les partis ne se croient pas tenus à l'observation de la justice.

En un autre endroit, M. de Maistre dit : « Il n'y a point de « libertés de l'Église gallicane.... Que les évêques français, « ajoute-t-il, s'adressent aux dames dans les besoins extrê- « mes de l'Église, c'est une liberté de l'Église gallicane, la « seule même dont je me fasse une idée nette : malheureu- « sement les Maintenon sont des espèces de météores rares « et passagers; il est bien plus aisé de rencontrer des Pom- « padour et des Dubarry[1].

Telles sont les aménités ultramontaines que les adversaires des maximes gallicanes prodiguent à l'épiscopat français, à cet épiscopat qui, on peut le dire, est en Europe, depuis trois siècles, la colonne de la catholicité. M. de Bonald se montrait plus poli quand il écrivait, en 1826, « que si Bossuet « avait consenti à la déclaration de 1682, c'est qu'il lui « manquait le génie étendu et universel de Leibnitz et la « grande expérience de la révolution française, après laquelle « il n'est plus permis à qui que ce soit de demeurer gallican. »

Mais, dans l'histoire des doctrines gallicanes, je ne puis oublier d'Aguesseau, ce modèle admirable de la magistra-

[1] *Loc. cit.*, p. 226, 229, 232, etc.

Digitized by Google

ture chrétienne et française. Il venait après Bossuet, les Talon, les de Harlay; sa vie entière fut consacrée à la défense de leurs principes.

En 1705, une nouvelle assemblée du clergé confirma, sous une expression différente, les maximes de 1682. L'assemblée était présidée par le cardinal de Noailles; elle accepta à l'unanimité la bulle *Vineam Domini*, mais avec une manifestation de doctrine qui rentrait complétement dans la déclaration de 1682. Cette manifestation fut confirmée elle-même en une assemblée de 1710, dont la délibération fut transmise au pape Clément XI, pontife prudent et éclairé, qui n'en témoigna aucun mécontentement.

Lorsqu'on introduisit en France, dans le dernier siècle, la fameuse légende de Grégoire VII, plusieurs évêques dans leurs mandements, et les Parlements par leurs arrêts, s'empressèrent de la proscrire. Les maximes gallicanes étaient alors devenues une loi de l'État, *et les jésuites mêmes*, dit piteusement M. de Maistre, *étaient obligés de les jurer*. Tel avait été le mouvement des opinions, que dans le dix-huitième siècle on essaya d'en faire une *vérité de foi*, et c'était ce qui avait jadis alarmé la cour romaine. L'accommodement avait été conclu à cette condition qu'on maintiendrait la thèse à l'état de vérité rationnelle; cette concession excita du mécontentement dans l'école française, dans la magistrature et même dans le clergé. La difficulté religieuse fut éludée par la fermeté des Parlements et du roi qui défendirent les doctrines nationales comme une question d'ordre public; mais plusieurs évêques protestèrent.

Ainsi, lorsqu'en 1762 le mandement célèbre de M. de Fitzjames, évêque de Soissons, dont nous avons déjà parlé, fut l'objet d'une censure à Rome, ce prélat, vif et sincère, écrivit au roi Louis XV la lettre suivante :

Digitized by Google

« Sire, comme chrétien, comme évêque, comme Français, « je suis obligé de prendre la défense des vérités évangéli- « ques... et de soutenir les maximes du royaume qui font la « sûreté de votre trône.

« On juge digne de censure de dire que les articles du « clergé de France sont des vérités saintes qui appartiennent « à la révélation. Que seront-ils donc? de simples opinions « d'école, des assertions indifférentes et problématiques?... « La cour de Rome favorise tous les Français qui paraissent « incliner vers elle, ou du moins gardent le silence sur nos « maximes... Peu à peu une déférence sans bornes et peu « éclairée... donnera de la propension pour l'ultramonta- « nisme. Quand, en effet, on ne considérera plus celle de la « France comme une doctrine évangélique, et qu'on ne l'es- « timera qu'une simple opinion, on aura raison de regarder « celle des ultramontains comme la plus sûre : on s'y livrera « entièrement. On professera extérieurement nos quatre ar- « ticles, quand on y sera absolument obligé par la crainte..., « le cœur restera ultramontain. Combien d'ecclésiastiques se « croient encore bons Français et sont devenus tout ultra- « montains... La faillibilité du pape et l'indépendance des « souverains dans leur temporel sont deux vérités connexes « et inséparables l'une de l'autre. SI LE PAPE EST INFAILLIBLE, « VOTRE COURONNE, SIRE, EST ENTRE SES MAINS, PUISQUE GRÉ- « GOIRE VII ET BONIFACE VIII ET PLUSIEURS AUTRES ONT DÉ- « CLARÉ QU'ILS AVAIENT LE DROIT D'EN DISPOSER... Nous ne « sommes à l'abri de ces entreprises que parce que nous « croyons fermement que Jésus-Christ n'a accordé l'infailli- « bilité à aucun de ses ministres en particulier et n'a donné « aucun pouvoir temporel à son Église... »

L'affaire au sujet de laquelle M. de Fitzjames s'expliquait avec tant de vivacité, donna occasion au roi Louis XV d'écrire

Digitized by Google

au pape Clément XIII une lettre qui n'était que le résumé de l'opinion solennellement émise par les archevêques de Lyon, de Narbonne et de Toulouse et par l'évêque d'Orléans, commissaires nommés à cet effet.

« Je me ferai toujours gloire, dit le roi, à l'exemple des « rois, mes prédécesseurs, de maintenir, dans toute son in- « tégrité, la doctrine tenue et enseignée de tout temps par les « évêques et les écoles de mon royaume. Les maximes qui « résultent de cette doctrine et qui n'en sont que le précis, « réunissent le double caractère des lois civiles et religieuses « de mon État. J'ai si fort à cœur de les faire observer, que « je regarderai comme infidèle à son roi et à la patrie qui- « conque en France osera y porter la moindre atteinte..... « Les évêques de mon royaume n'ont jamais prétendu faire « des décrets de foi, ni asservir à leur doctrine les Églises « étrangères : ils se sont même maintenus, à cet égard, dans « les bornes d'une modération qui n'a pas toujours été imitée « par les partisans des opinions contraires. »

A la même époque M. de Grasse, évêque d'Angers, publia un mandement dans lequel les doctrines de M. de Fitzjames étaient défendues avec énergie.

« Nos libertés, dit ce prélat, ne sont que le droit commun « qui s'observait dans l'Église universelle et surtout dans « l'Église gallicane, suivant les anciens canons et avant les « prétentions ultramontaines, prétentions auxquelles d'au- « tres se sont soumis, ou par défaut d'instruction, ou par un « zèle qui n'est pas selon la science. Oui, N. T. C. F., ce que « nous appelons nos libertés, n'est que la possession où nous « sommes de nous conduire suivant les anciens canons et se- « lon les règles primitives de l'Eglise universelle. Nos libertés « ne sont ni des exemptions contraires à la règle, ni de pures « grâces que nous tenions de la libéralité du saint-siége.

Digitized by Google

« Elles sont ce que les anciens ont appelé LE DROIT COMMUN...
« Si nous les appelons *libertés de l'Église gallicane*,
« c'est parce que nous avons conservé ces droits légitimes
« dont les autres Églises ont plus ou moins négligé l'usage...
« La parole de Dieu, qui est le fondement de nos libertés, leur
« est d'autant plus favorable, qu'elle est contraire aux nou-
« veautés qu'on leur oppose. Pénétrez-vous donc, N. T. C. F.,
« du véritable esprit de ces libertés. Faites voir que vous en
« connaissez le prix par votre attachement aux quatre arti-
« cles de la déclaration de l'assemblée du clergé de France,
« en 1682... Soutenez avec un zèle prudent ce précieux dé-
« pôt de vérité, que nos pères nous ont transmis et conservé
« avec tant de soin. Ces vérités seront toujours la marque
« certaine pour distinguer tout Français fidèle à son Dieu et
« à son roi. »

C'était à peu près à la même époque que s'instruisait dans les Parlements le procès fameux des jésuites, et ces arrêts qui ont eu tant de retentissement consacrèrent de nouveau la doctrine ancienne, avec une imposante solennité.

On ne veut voir aujourd'hui, dans tous ces actes, que le triomphe des opinions philosophiques; mais oublie-t-on que les Parlements ont condamné au feu les écrits des philosophes? et pense-t-on que Boniface VIII eût traversé le dix-huitième siècle avec plus de profit pour l'Église que Benoît XIV et Clément XIV?

En 1788, le cardinal de Bernis, alors septuagénaire, écrivait de Rome à M. de Montmorin : « Que vingt ans de sé-
« jour à Rome ne l'avaient pas rendu ultramontain, et qu'il
« tenait invariablement aux quatre articles de 1682 et aux
« libertés gallicanes, aussi anciennes dans les Gaules que la
« religion. »

Telle était aussi la profession de foi habituelle de M. de

Digitized by Google

Montazet, archevêque de Lyon, de l'Académie française; prélat justement respecté, écrivain estimé, et qui a laissé les plus recommandables souvenirs. Telle était la doctrine de M. de Boisgelin, archevêque d'Aix, de M. de Cicé, archevêque de Bordeaux, et de tous les prélats de France. Deux seulement firent défaut à leurs collègues en 1762. — Et, chose remarquable, tandis que la révolution française, dont les écarts en religion avaient été si étranges, semblait pousser une génération nouvelle vers une doctrine qui la rattachait davantage à l'autorité romaine, tous les membres de l'ancien clergé demeurèrent fidèles à la doctrine nationale. M. de Barral, archevêque de Tours, employait ses loisirs à réfuter les écrivains étrangers qui calomniaient sa patrie. Le docte et vénérable cardinal de la Luzerne publiait, en 1821, une défense de la déclaration de 1682 avec cette note touchante :

« Cet ouvrage avait été composé, il y a huit ou dix ans, « dans l'émigration; mon objet avait été de répondre au « cardinal Orsi qui avait entrepris de réfuter Bossuet. Ren- « tré en France en 1814, j'avais pensé que la publication « de cet écrit serait inutile et qu'il était bon que la question « des principes gallicans contre les maximes de la cour ro- « maine ne fût pas agitée dans les circonstances actuelles. « En conséquence, je m'étais abstenu de livrer cet ouvrage à « l'impression; mais les idées ultramontaines étant mainte- « nant défendues et publiées par des auteurs très-estimables, « dont j'honore les talents et les vertus, je crois indispen- « sable de publier cet écrit pour servir de réponse à leurs « maximes, et maintenir parmi nous la précieuse et salu- « taire doctrine de l'Église gallicane. »

Il comprenait bien, le digne pontife, l'importance religieuse et politique de nos maximes.

Digitized by Google

En 1818, M. Frayssinous, élevé dans les anciennes et bonnes traditions, avait également publié un ouvrage intitulé : *Les vrais principes de l'Église gallicane*. L'éloquent et savant auteur y montre de la réserve en certains points, mais il maintient dans son esprit le plus pur la déclaration de 1682. « Marchons avec confiance, dit-il, sur les traces de « nos pères. Soyons fidèles à leurs maximes; mais toujours « avec cette modération qui caractérise la vraie sagesse et ce « respect filial qui caractérise le vrai catholique pour la mère « de toutes les Églises. »

Cette démonstration des représentants de l'ancien clergé était motivée par les événements qui se passaient en France à l'époque de la Restauration, au sujet de la doctrine gallicane.

Les ministres de la Restauration avaient invariablement soutenu les maximes anciennes. Le roi Louis XVIII professait pour elles un attachement profond, et il l'a solennellement exprimé en plusieurs rencontres. Mais, en dehors du gouvernement, il y avait le parti du pouvoir absolu, qui dénigrait les doctrines de 1682, et plusieurs écrivains éminents qui les attaquaient avec chaleur. A leur tête étaient M. de Bonald et M. de La Mennais. D'un autre côté, l'on avait remarqué, sous l'Empire même, que le respectable abbé Émery, qui a exercé une si salutaire influence sur le clergé nouveau, après le concordat, s'était éloigné d'une doctrine qu'il avait pourtant soutenue avec zèle autrefois, en compagnie de M. de Montazet. L'influence politique du parti de M. de Bonald sur le clergé, et l'influence tout ecclésiastique et intérieure des prêtres respectés de Saint-Sulpice, détruisait donc à vue d'œil la vieille unanimité gallicane; d'autre part, l'ancien parti du clergé constitutionnel défendait les *libertés* avec des formes qui rappelaient celles du seizième siècle. Les écrits de M. de Barral, de M. de La Luzerne et de M. Frayssi-

Digitized by Google

nous avaient donc une grande importance au point de vue gallican et catholique.

Des écrivains laïques, catholiques prononcés, s'émurent aussi des attaques dirigées contre les maximes de France, et parmi eux M. Dupin, alors à la tête du barreau de Paris. Il fut bien montré que si le zèle des *libertés* était le prétexte d'un petit nombre, l'antipathie des libertés de l'Église gallicane n'était aussi, pour la plupart de leurs adversaires, que l'aversion déguisée des monarchies réglées par des lois fixes et *constitutionnelles*. Aujourd'hui, la question est plus compliquée : parmi les adversaires des maximes gallicanes se trouvent sans doute encore d'anciens ennemis du système politique adopté par la France. Toutefois, un grand nombre d'esprits timorés, sincèrement alarmés pour l'avenir de la religion, ont cédé à de pieuses terreurs et à des appréhensions évidemment chimériques. Ils ont porté le renfort de leur religion surprise aux agressions d'un parti politique.

Pour d'autres, la question gallicane n'a été qu'un épisode de cette nouvelle *croisade* qui n'avait, heureusement, ni des Albigeois à combattre, ni des inquisiteurs à son aide. D'autres ont semblé craindre que les jurisconsultes et les magistrats du dix-neuvième siècle ne reprissent l'influence de leurs devanciers du dix-septième. D'autres, encore, ont pensé que le gouvernement nouveau n'était plus dans les conditions convenables pour se prévaloir des franchises gallicanes. Pour quelques-uns, le catholicisme est à reconstruire sur le fondement de l'autorité absolue, et la règle canonique n'est autre chose que l'arme des rebelles et des mécréants. Enfin, il faut le reconnaître, l'opinion des ultramontains a gagné de nombreux adeptes dans l'ordre ecclésiastique.

Mais la vérité doit réagir à son tour. Nous en appelons à la raison calme et modérée des hommes clairvoyants, égale-

Digitized by Google

ment attachés à la religion de leurs pères et à la liberté de leur pays. Le catholicisme est profondément enraciné dans la raison publique et dans le cœur des familles, et les temps dont on redoute le retour sont à jamais éloignés de nous. Mais, si le catholicisme pouvait craindre, ce serait bien plutôt des effets de certaines manifestations, que des attaques sourdes des ennemis qu'on lui suppose[1].

Nous arrêtons ici notre examen, en nous demandant si la vérité de dix-huit siècles a pu changer, et si nous perdrons cette grande discipline qui a fait la gloire et l'honneur de l'Église de France.

En 1782, une grande assemblée du clergé français célébra l'année séculaire de la mémorable déclaration, et un orateur renommé, Beauvais, évêque de Senès, y proclama la même doctrine, avec l'adhésion UNANIME de tous les évêques. De nos jours, le savant et illustre cardinal de Bausset, l'éloquent historien de Bossuet et de Fénelon, prenait hardiment la défense de la même déclaration, et il l'admirait comme empreinte de la *gravité antique*.

Au commencement de ce siècle, le légat de Pie VII prêtait serment entre les mains du premier consul, de ne rien entreprendre contre les libertés et franchises de l'Église gallicane. Nos maximes reçurent une consécration éclatante dans les articles organiques du concordat, préparés par la sagesse de Portalis *l'ancien*. En 1811, le chapitre de la métropole de Paris, conduit par son vénéré prélat, adressait ces paroles mémorables à l'Empereur : « Nous ne nous séparerons dans « aucun temps de ce noble enseignement, héréditaire dans « l'Église de France, dont la doctrine canonique, selon le

[1] Voy. l'éloquente *introduction* de M. Fr. Portalis, en tête des *Discours et rapports* de son aïeul, *relatifs au concordat* de 1801. Paris, 1845, in-8°.

Digitized by Google

« langage de saint Louis dans la pragmatique sanction, « langage consacré par Bossuet à l'ouverture des séances de « 1682, n'est autre chose que l'ancien droit commun... sui- « vant les conciles généraux et les institutions des saints « Pères. »

En 1817, un ministre disait à nos Chambres, en présentant un nouveau concordat conclu avec la cour de Rome : « De sages précautions nous assurent le maintien de ces « libertés précieuses que saint Louis, Henri IV et Louis XIV « ont tour à tour protégées, que nos plus grands et nos plus « saints docteurs ont tour à tour défendues. »

Et maintenant, la France peut-elle démolir de ses propres mains ce que la main étrangère a respecté? Peut-elle renier son histoire et son passé chrétien? Peut-elle compromettre son indépendance et sa dignité, en abjurant une doctrine canonique qu'ont professée ses dix mille évêques, et tous ses théologiens et tous ses magistrats? Poser ces questions, c'est les résoudre; nous attendons avec confiance la réponse de Dieu et du temps.

CH. GIRAUD.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE CIVILE.

SÉPARATION DE CORPS, DONATION ENTRE ÉPOUX, RÉVOCATION.

Arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation du 23 mai 1845, au rapport de M. le conseiller Vincens-Saint-Laurent (D. P., 45, 1, 225 : Devilleneuve et Carette, 45, 1, 321).

La Cour de cassation a rendu, en Chambres réunies, le 23 mai 1845, un arrêt qui, par la gravité de la décision, autant que par les circonstances qui ont accompagné le débat, doit faire époque dans les fastes judiciaires. La question était de savoir si l'art. 299 du Code civil, écrit au chapitre du divorce, est applicable à la séparation de corps; en d'autres termes, si l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée perd, par l'effet de cette condamnation, les avantages que son conjoint lui avait faits dans le contrat de mariage. En se prononçant pour l'affirmative, la Cour de cassation a consacré une doctrine contre laquelle sa propre jurisprudence avait élevé, jusqu'à ce jour, la plus redoutable objection. On sait, en effet, que par une série d'arrêts qui embrassent une période de plus de trente années, la Cour suprême, luttant contre la doctrine de la majorité des Cours royales, avait invariablement jugé que la révocation prononcée, au cas de divorce, par l'art. 299, ne pouvait pas, sans excès de pouvoir, être étendue au cas de simple séparation. Déjà en 1809 et en 1810, elle avait, dans des espèces régies par les anciens principes, manifesté ses tendances. Il s'agissait alors de donations faites dans des contrats de mariage antérieurs au Code civil; et, tout en admettant que la révocation devait être prononcée, la Cour de cassation se fondait exclusivement sur ce que les anciens principes étaient seuls applicables, donnant

Digitized by Google

par là clairement à entendre, ce qui d'ailleurs avait été expressément annoncé par le procureur-général Merlin, dans le réquisitoire sur lequel était intervenu l'un des arrêts, que la solution aurait été toute différente si le procès avait dû être jugé selon les règles établies par le Code civil [1]. Et c'est effectivement ce qui a été décidé, dès que la question s'est présentée devant la Cour de cassation dans des espèces qui ne se rattachaient en aucune manière aux anciens principes. Emise d'abord sous l'empire de la loi du divorce [2], la doctrine que faisaient pressentir les arrêts de 1809 et de 1810 avait été ensuite successivement reproduite dans sept autres arrêts [3]; et il y a cela de remarquable, qu'à mesure que la Cour de cassation se confirmait dans cette jurisprudence où elle marchait constamment en lutte avec celle des Cours royales, elle ajoutait, dans chacun de ses arrêts nouveaux, une raison nouvelle de décider, en sorte que, suivant l'expression de M. le procureur-général Dupin [4], il semble que la conviction allait toujours croissant.

C'est dans cet état de choses, cependant, qu'après la discussion la plus approfondie, dans laquelle on a vu l'organe du ministère public, M. le procureur-général Dupin, déployer toutes les ressources d'une dialectique puissante, au secours d'une jurisprudence qu'avaient successivement défendue les chefs du parquet de la Cour, et qu'après une délibération à laquelle plu-

[1] Arrêts du 10 août 1809 et 4 décembre 1810. Voy. ces arrêts à leur date dans la collection nouvelle de MM. Devilleneuve et Carette. Voy. aussi *Recueil périodique* de M. Dalloz, 3, 1, 313; 11, 1, 25.

[2] Arrêt du 13 juillet 1813. Voy. Dalloz, 14, 1, 593; Devilleneuve et Carette, *loc. cit.* à sa date.

[3] 17 juin 1822 (Devill. et Car., *loc. cit.*; D. P., 22, 1, 350); 19 août 1823 (D. P., 23, 1, 360; Devill. et Car., *loc. cit.*); 28 avril 1824 (Devill. et Car., *loc. cit.*; D. P., 24, 1, 253); 13 février 1826 (D. P., 26, 1, 135; Devill. et Car., *loc. cit.*); 30 mai 1836 (Devill. et Car., 36, 1, 728; D. P., 36, 1, 377); 21 décembre 1842 (D. P., 43, 1, 173; Devill. et Car., 43, 1, 728); et 21 novembre 1843 (Devill. et Car., 44, 1, 232; D P., 44, 1, 43).

[4] Voy. le réquisitoire prononcé par ce magistrat dans l'espèce jugée par l'arrêt que nous signalons ici à l'attention du lecteur.

Digitized by Google

sieurs séances ont été consacrées, l'arrêt du 23 mai 1845 a renversé cette jurisprudence imposante par le nombre des précédents qui l'avaient établie, et sanctionné en quelque sorte cette longue résistance que les Cours royales lui avaient opposée. Ainsi, rien ne manque à l'arrêt des Chambres réunies, de ces caractères extérieurs qui constituent l'autorité d'une décision judiciaire, ni la solennité du débat, ni la maturité dans la délibération, ni le concours des lumières.

A-t-il également cette autorité plus imposante encore de la raison? Nous le croyons fermement; et peut-être y a-t-il lieu d'être surpris aujourd'hui qu'il ait fallu plus de trente années d'une lutte active et persistante pour amener le triomphe de cette opinion si essentiellement morale et si juste qui ne veut pas que des biens donnés comme prix d'une affection mutuelle puissent jamais devenir la récompense du désordre ou des mauvais traitements.

Nos anciens tribunaux et les jurisconsultes qui en devancèrent souvent la doctrine, ne s'y sont pas trompés. Alors que la législation française posait comme principe absolu l'indissolubilité du mariage, et que, considérant le divorce comme présentant en soi une idée licencieuse [1], elle n'admettait que la séparation de corps, on pensa que dans le cas de séparation prononcée contre l'époux en faveur duquel des avantages avaient été stipulés soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté, un sentiment d'équité devait faire accorder l'action en révocation à l'époux donateur comme une conséquence nécessaire des torts de l'époux avantagé. « Les donations portées par contrat de mariage, dit Bourjon, même entre conjoints, sont révocables pour cause d'ingratitude; il y a trois arrêts qui l'ont ainsi jugé : le premier, rendu au grand Conseil le 1er mars 1697, contre M. Lecamus, a déclaré nulle et révoquée pour cause d'ingratitude la donation à lui faite par madame son épouse, qui avait demandé la séparation fondée sur les mauvais traitements de son mari ;

[1] Voy. Denisart, v° *Divorce*.

Digitized by Google

le second, rendu en la troisième Chambre des enquêtes le 26 février 1728, a prononcé une pareille révocation contre le sieur comte de Marini, en faveur des héritiers de sa femme; et le troisième, du 12 décembre 1755, rendu sur les conclusions de M. Joly de Fleury, avocat-général, en prononçant la séparation de biens de la vicomtesse de l'Hospital, a déclaré nuls et révoqués pour cause d'ingratitude tous les dons et avantages par elle faits à son mari »[1]. C'était aussi l'opinion émise par Duplessis qui dit : « Quand il intervient sentence de séparation entre les conjoints, non-seulement le don mutuel ne saurait être fait, mais même celui qui est déjà contracté se dissout »[2]; elle est encore exprimée par Despeisses en ces termes : « La femme ne peut pas demander ses avantages nuptiaux lorsqu'elle a commis adultère, soit qu'à cause dudit adultère, par sentence du juge ecclésiastique, elle ait été séparée de son mari, ou bien qu'elle s'en soit séparée volontairement et sans sentence, et ici a lieu ce proverbe : *au mal coucher la femme perd son douaire*[3]. » C'était enfin une opinion invariablement reçue[4], et il y avait à cet égard une telle unanimité dans la doctrine et dans la jurisprudence, que ce point de droit avait obtenu pour ainsi dire force de loi.

Cette tradition du passé éclaire le présent d'une vive lumière. Car, il faut bien le remarquer, la séparation de corps introduite dans le Code civil, n'est pas une création nouvelle; elle y est précisément ce qu'elle fut autrefois : il suffit, pour s'en convaincre, d'interroger la loi dans les éléments qui en ont préparé la rédaction.

[1] Voy. Droit commun de la France, sixième partie, *des Donat.*, ch. I, section I, n° 2 (t. II, p. 138).

[2] *Traité des donat. entre-vifs*, liv. II, ch. III, sect. II (t. I, p. 560).

[3] Titre XV, *du Mariage*, sect. V, n° 23.

[4] Voy. Montholon, *Arrêts*, art. 140; Maynard, liv. IV, ch. II, nomb. 2; Domat, *Lois civiles*, t. I, p. 107; Denisart, v° *Rév. de donat.* n°s 13 et suiv.; v° *Sépar. de corps*, n° 76; Duparc-Poullain, *Princ. du droit franç.*, t. VII, p. 12. Voy. aussi les motifs des arrêts précités du 10 août 1809 et 4 décembre 1810.

Digitized by Google

Contemporains de l'époque révolutionnaire, et par cela même fortement imbus des principes que la législation de cette époque avait consacrés dans un certain ordre d'idées, les auteurs du Code ne se montrèrent pas d'abord, on le sait, partisans bien zélés de la séparation de corps. Ils en repoussaient la pensée, au contraire, et, en suivant le système de la loi du 20 septembre 1792 et des lois antérieures, ils n'admettaient que le divorce. Ce fut seulement dans la discussion que des idées plus libérales se firent jour. Par une concession faite aux catholiques romains, le législateur du dix-neuvième siècle se plaçant alors à une égale distance de deux systèmes exclusifs, l'un, celui de l'ancien régime, qui n'autorisait que la séparation, l'autre, celui du régime nouveau, qui n'avait sanctionné que le divorce, le législateur adopta l'une et l'autre mesure, et vint ainsi, par un double moyen, au secours des unions malheureuses. Mais, en rétablissant la séparation de corps, se proposa-t-il d'innover? Voulut-il établir une sorte de gradation dans la pénalité applicable à l'époux coupable, et créer, par là, un système différent, quant à la séparation, de celui qui avait existé et avait constitué, pendant plusieurs siècles, le droit commun de la France? Il est manifeste que non; et, en effet, à toutes les phases de la discussion de la loi, on voit la séparation de corps se produire comme un moyen marchant parallèlement au divorce et ay nt eu seulement pour objet d'assurer aux catholiques la possibilité de mettre d'accord les scrupules de leur conscience avec les lois de l'État. « En permettant le divorce, dit M. Treilhard dans son exposé des motifs, *la loi laissera l'usage de la séparation;* l'époux qui aura le droit de se plaindre pourra former à son choix l'une ou l'autre demande... [1]. » Ici, l'orateur se tient, relativement à la séparation, dans la même réserve que la loi elle-même; il ne définit pas la séparation, il se tait sur les effets qu'elle est appelée à produire, et par là, il indique virtuellement que, sous ces rapports, on entend se référer à des règles pré-

[1] Voy. Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, t. IX, p. 476.

Digitized by Google

existantes, connues de tous parce qu'elles étaient arrêtées et consacrées par un usage invariable. Aussi que voit-on dans les opinions qui ont été successivement émises après celle de M. Treilhard? Une seule pensée, toujours la même : celle de *rétablir*, et nullement de *créer*, la séparation de corps que le radicalisme révolutionnaire avait momentanément proscrite. « Les tribunaux, a dit M. Portalis, demandent que *la séparation de corps soit rétablie* et marche parallèlement avec le divorce, afin de mettre à l'aise la conscience des personnes qui regardent le mariage comme indissoluble. Ce motif doit, en effet, la faire admettre... [1]. » La même idée fut exprimée par M. Savoie-Rollin. « Le projet de loi, dit-il, *rétablit la séparation de corps* qu'il permet dans tous les cas où il y aura lieu à la demande en divorce pour cause déterminée. Ce chapitre de la loi ne donne lieu à aucune observation [2]. » M. Gillet, l'un des orateurs chargés d'apporter au Corps législatif le vœu du Tribunat, disait encore : « Le premier système (la séparation de corps) conserve sur les consciences une grande influence, appuyée par de nombreux et d'éloquents défenseurs ; indépendamment des idées religieuses qui le consacrent, on ne saurait disconvenir que l'indissolubilité qu'il maintient dans le mariage ne soit un caractère très-imposant ajouté à sa dignité ; d'un autre côté, le second système (le divorce) est celui d'un grand nombre de familles que la République a réunies dans son sein, et sur lesquelles s'étend aujourd'hui l'empire des lois françaises... Entre ces deux doctrines rivales, pourquoi nous mettrions-nous dans la nécessité de choisir? Choisir l'une, ce serait rejeter l'autre, et toutes deux cependant peuvent avoir leur avantage suivant les sentiments, les personnes et les circonstances. D'ailleurs, la loi que vous avez portée sur le mariage a déjà établi le principe du divorce ; et votre respect scrupuleux pour la liberté des consciences vous avertit de ne point proscrire la séparation de corps [3]. »

[1] Voy. Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, t. IX, p. 329.
[2] *Ib.*, p. 500.
[3] *Ib.*, p. 543.

Digitized by Google

Voilà donc la pensée de la loi indiquée par ceux qui en sont les interprètes les plus naturels : maintenir, au premier rang, le divorce, et en même temps, par respect pour les convictions religieuses, *rétablir* la séparation de corps. *Rétablir!* c'est-à-dire, non pas créer un système nouveau, mais rappeler dans la loi et y restaurer un système qui avait été transitoirement proscrit, que l'on avait exclusivement pratiqué pendant des siècles, qui était encore en vigueur dix années à peine avant la rédaction du Code civil, et qui, par conséquent, était connu de tous dans son organisation et dans ses effets. A ne considérer donc que la tradition et les éléments de la loi nouvelle, il est difficile de ne pas demeurer dès l'abord convaincu de l'idée que les rédacteurs du Code, en rétablissant la séparation de corps, lui ont virtuellement conservé l'effet le plus équitable que lui avait attaché l'ancienne législation, celui d'entraîner la révocation des avantages dont aurait été l'objet l'époux contre lequel elle serait prononcée.

D'ailleurs, cette impression première ne peut que se confirmer lorsqu'on en vient à l'examen de la loi.

L'effet révocatoire, dans les anciens principes, était établi par une jurisprudence si constante et si arrêtée, qu'encore une fois elle avait acquis toute l'autorité d'une loi écrite. C'est en présence de cette jurisprudence que les rédacteurs du Code ont statué, et loin qu'ils aient abrogé la règle qu'on y avait universellement admise, ils se la sont appropriée au contraire, et y ont ajouté même, lorsqu'ils ont organisé le divorce, en disposant que « pour quelque cause que le divorce ait lieu, hors le cas de consentement mutuel, l'époux contre lequel il aura été admis *perdra* tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté (299). » Ainsi, les rédacteurs du Code maintenaient formellement la règle de l'ancienne jurisprudence, avec cette aggravation que, là où les anciens avaient mis le principe d'une action en révocation, ils substituaient la révocation de plein droit.

Digitized by Google

Après avoir réglé, sur ce point, les effets du divorce, le législateur arrive à la séparation de corps, dont il voulut faire le divorce des catholiques romains, et dans ce chapitre, jeté comme un appendice à la fin du titre du divorce, le législateur pose en tête le principe que, « dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps. » Dans un tel état de choses, il faut nécessairement admettre que le divorce et la séparation de corps sont placés par la loi sur deux lignes parallèles ; qu'ils sont deux moyens semblables ou analogues de venir au secours des unions malheureuses dont le lien moral s'est rompu, et, par suite, que les causes étant les mêmes, les effets, à l'égard de l'époux qui a donné lieu à la rupture, ne doivent pas différer.

Cependant, on conteste l'analogie, et comme le législateur n'a pas expressément reproduit, au chapitre de la séparation, la disposition de l'art. 299, on soutient que la révocation que prononce cet article ne doit pas être étendue du divorce à la séparation.

On invoque, à l'appui de cette doctrine, des considérations diverses qui n'appartiennent pas toutes au même ordre d'idées : les unes rentrent dans l'ordre moral, si l'on peut ainsi dire ; les autres sont plus particulièrement déduites du texte et de l'esprit de la loi. Apprécions-les séparément.

Sous le premier rapport, on présente la révocation comme susceptible d'empêcher le rapprochement des époux, et l'on conclut que par cela même, dans la pensée de la loi, la révocation n'a pu être un effet de la séparation, sans quoi la loi qui favorise le rapprochement, l'espère et y tend toujours, se fût mise en opposition avec elle-même. S'il en fallait juger par la persistance avec laquelle elle a été reproduite, cette objection serait assurément décisive ; proposée par M. Merlin, elle a été successivement reprise par tous les auteurs venus ensuite, et on la retrouve encore dans le réquisitoire de M. le procureur-général Dupin. Qu'on y réfléchisse cependant, en fait et en droit, cette

Digitized by Google

objection est-elle bien solide? Certes, les rédacteurs du Code avaient bien moins encore que l'ancienne législation des raisons d'agir en vue de la réconciliation et du rapprochement des époux que la justice avait séparés. Ils admettaient et accueillaient avec un sentiment de préférence le divorce qu'ils plaçaient au premier rang, la séparation ne leur paraissant qu'un moyen incomplet. Dans l'ancienne législation, au contraire, l'indissolubilité du mariage était un principe absolu, exclusif : par cela même on y devait, plus encore que sous l'empire des lois nouvelles, conserver l'espérance que les époux séparés se réuniraient un jour, et s'abstenir de tout ce qui pourrait mettre obstacle à ce rapprochement. Et cependant, on l'a vu, l'ancienne jurisprudence admit toujours que celui des époux qui avait été forcé de demander la séparation et l'avait obtenue, pouvait, par suite du jugement qui venait ainsi relâcher le lien conjugal, faire prononcer la révocation des avantages qu'il avait faits à son conjoint. Que conclure de là, sinon que les rédacteurs du Code n'ont pas dû se préoccuper, plus qu'on ne le fit anciennement, de la crainte de mettre obstacle, par la révocation, à la réunion éventuelle des époux? Veut-on, d'ailleurs, s'en convaincre? C'est encore à l'exposé des motifs de M. Treilhard que nous renvoyons : « Je le demande, disait-il, combien de séparations a vues le siècle dernier, et combien peu de rapprochements? Comment pourraient-ils s'effectuer ces rapprochements! La demande en séparation suppose déjà des esprits extraordinairement ulcérés : la discussion par sa nature augmente encore la malignité du poison...[1] » Ainsi, les rédacteurs du Code ne croyaient pas au rapprochement des époux qu'un jugement avait séparés. Ce rapprochement, à leurs yeux, devait être une exception, et conséquemment ils ne pouvaient pas le prendre en considération pour établir entre le divorce et la séparation cette différence, que, tandis que le premier aurait pour effet de révoquer les avantages faits au défendeur dans le contrat de mariage, la seconde, au

[1] Voy. Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, t. IX, p. 472.

Digitized by Google

contraire, les laisserait subsister. Rentrons mieux dans la vérité des choses, et reconnaissons que si, dans la pensée des auteurs de la loi, l'éclat de l'audience devait rendre un rapprochement ultérieur entre les époux à peu près impossible, ils ne durent du moins, pas plus que l'ancienne jurisprudence, s'arrêter à l'idée que, lorsqu'un retour simultané d'affection ferait naître le désir de ce rapprochement, des vues mesquines d'intérêt s'élèveraient pour l'empêcher.

Ce n'est pas tout : cette objection, qui, dans la réalité, manque de fondement, se tourne contre le système que nous combattons, si on l'examine sérieusement au point de vue de la loi. En effet, lorsqu'on dit que la loi irait directement contre cette espérance de réconciliation qui est la sienne, en ce que l'époux qui a obtenu la séparation éloignerait de son esprit toute idée de rapprochement par la crainte d'opérer le rétablissement des libéralités par lui faites, on donne à entendre et l'on suppose clairement que la réunion des époux suffirait à elle seule pour restituer ces libéralités dans toute leur force. Mais c'est là une erreur. Aux termes de l'article 451 du Code civil, il faut un acte passé devant notaire et avec minute pour rétablir même la communauté qui aurait été dissoute par la séparation, soit de corps, soit de biens seulement. Or, si la communauté, qui est de droit commun, n'est rétablie qu'autant que les époux qui se réconcilient consentent à s'associer de nouveau par acte authentique, à plus forte raison faut-il décider de même à l'égard des libéralités qui avaient été éteintes et qui ne sont pas dans la disposition du droit commun [1]. L'époux qui aura obtenu la séparation de corps ne sera donc pas arrêté, s'il désire la réconciliation, par la crainte de voir les libéralités qu'il avait faites reprendre toute leur force. Le rétablissement n'en sera opéré que tout autant qu'il le jugera convenable ; et de cette position même, qui lui permettra d'attendre, avant de se montrer généreux, que son conjoint ait

[1] Voy. Proudhon, *Tr. de l'état des personnes*, t. I, p. 553 de l'édition annotée par M. Valette.

Digitized by Google

pleinement réparé les torts qui les avaient désunis, sortiront des éléments nouveaux de réconciliation.

Si de cette objection nous passons à celles qui prennent leur source dans le texte même ou dans l'esprit de la loi, la doctrine consacrée par l'arrêt du 23 mai 1845 n'en sortira pas moins triomphante.

Que dit-on, en effet? D'une part, que l'art. 299 est une disposition pénale, et que par cela même elle ne peut pas être étendue d'un cas à un autre; d'une autre part, que la révocation prononcée par cet article est fondée sur la dissolution même du lien conjugal, et partant, que cette révocation ne doit pas être appliquée à un état de choses qui n'atteint pas le lien conjugal, qui le laisse subsister au contraire.

Nous en convenons, l'objection serait insurmontable si la cause que l'on assigne à l'art. 299 était réellement celle qui en a déterminé l'adoption. Mais il s'en faut qu'il en soit ainsi : le texte même de la loi y résiste invinciblement. « Pour quelque cause que le divorce ait lieu, dit-elle, hors le cas du consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce aura été admis perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. » Est-ce là ce qu'aurait dit l'art. 299, si la révocation qu'il prononce avait eu pour cause la dissolution du mariage résultant du divorce? Mais la dissolution! elle atteint l'un et l'autre époux divorcés; elle les rend libres et les fait désormais étrangers l'un à l'autre. Et cependant la révocation n'est prononcée qu'au préjudice de l'époux contre lequel le divorce aura été admis; en sorte que si c'est l'époux donataire qui a obtenu le divorce, il n'en doit pas moins, nonobstant la dissolution du lien conjugal, profiter de la donation, en conserver l'objet, et cela encore même que les avantages aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu (art. 300). Ce n'est pas tout : le divorce, dans tous les cas et pour quelque cause qu'il fût prononcé, dissolvait le mariage; il en était, à cet égard, du divorce par consentement mutuel comme du divorce prononcé pour cause déter-

Digitized by Google

minée, et cependant l'art. 299 réserve expressément le cas de divorce par consentement mutuel ; il dispose que le divorce, dans ce cas, n'entraînera pas la révocation du donataire. Qu'est-ce à dire, si ce n'est précisément que la loi n'avait pas égard à la dissolution du mariage lorsqu'elle proclamait que la révocation résulterait du divorce? Qu'est-ce à dire, sinon qu'il faut chercher ailleurs la pensée inspiratrice de cet art. 299? Eh bien! cette pensée, quelle est-elle? Elle se révèle d'elle-même, et c'est encore dans le texte de la loi d'abord que nous l'allons trouver.

Toute convention, tout contrat, est subordonné, quant à sa stabilité, à l'exécution des conditions sous lesquelles il a été fait. La donation n'est pas moins que les autres contrats soumise à cette règle : c'est ce qu'exprime formellement l'art. 953 du Code civil. Le donataire qui s'écarte de ces conditions est donc déchu du bénéfice de la donation. Or, en quoi consistent les conditions de la donation faite à un époux par son conjoint? Elles consistent dans l'entier accomplissement des devoirs de cohabitation, de fidélité et de protection imposés par le mariage. L'époux dont la conduite est telle qu'elle a provoqué et fait accueillir une demande en divorce, a certainement manqué à ces conditions : il doit donc être déchu du bénéfice de la donation. Voilà l'un des motifs de l'art. 299; mais il n'est pas le seul. Toute donation emporte avec elle l'idée de bienfait de la part du donateur : le donataire est donc tenu à la reconnaissance; s'il y manque, s'il devient ingrat, il doit être déchu : ainsi le veut encore l'art. 953. Voilà le second motif sur lequel repose l'article 299. Or, l'on ne peut contester que ces motifs n'expliquent à la fois et la règle et l'exception contenues dans cet article; car, sauf le cas de divorce pour le consentement mutuel, où l'accord des époux est exclusif de tout manquement coupable, on trouve, dans toutes les causes qui donnent lieu au divorce, soit l'ingratitude du donataire, soit l'inexécution de sa part des conditions du contrat. Ainsi, lorsque le divorce est prononcé pour cause d'adultère, d'excès, de sévices ou d'injures (art. 229, 230 et

Digitized by Google

231), l'époux contre lequel il est prononcé est coupable vis-à-vis de son conjoint; et lorsque le divorce a pour cause la condamnation à une peine infamante (art. 232), l'époux condamné n'est pas coupable sans doute de la même manière que dans les cas précédents, mais il s'est mis, par son fait, dans la position de ne pouvoir remplir, vis-à-vis de son conjoint, les devoirs de cohabitation et de protection qu'impose le mariage. Ainsi, l'inexécution des conditions d'une part, et d'une autre part l'ingratitude ou l'indignité du donataire, voilà les motifs réels de la révocation prononcée par l'art. 299; ils donnent, bien autrement que la cause prétendue de la dissolution du mariage, une explication satisfaisante et complète de la disposition complexe de la loi; et s'il ne suffisait pas des seules lumières de la raison pour établir que le législateur n'a pu se déterminer par aucune autre cause, on se référerait à l'exposé des motifs, où la pensée de la loi a été nettement formulée. « L'époux contre qui le divorce a été prononcé, a dit M. Treilhard, doit-il conserver les avantages qui lui avaient été assurés par son contrat de mariage? *Est-il digne* de les recueillir? et lorsqu'il se trouve convaincu de faits tellement atroces que le divorce doit en être la suite, jouirait-il d'un bienfait qui devait être le prix d'une constante affection et des soins les plus tendres? Non, *il s'est placé au rang des ingrats;* il sera traité comme eux. *Il a violé la première condition du contrat;* il ne sera plus reçu à en réclamer les dispositions [1]. »

Ce point établi, on pressent les conséquences qui en doivent être déduites. Si la déchéance des avantages stipulés, soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté, n'a pour cause que l'ingratitude ou l'inexécution des conditions de la part de l'époux contre lequel le divorce est prononcé, comment cette déchéance pourrait-elle être raisonnablement restreinte au seul cas de divorce? Comment et sous quel prétexte l'application en serait-elle écartée dans le cas de séparation? L'époux qui donne

[1] Voy. Fenet, *loc. cit.*, p. 488.

Digitized by Google

lieu à la séparation aurait-il mieux rempli les conditions de la donation que celui contre lequel aurait été formée et accueillie une demande en divorce? Aurait-il plus obéi aux devoirs de la reconnaissance? Et comment le prétendre? La demande en divorce et la demande en séparation sont l'une et l'autre fondées sur les mêmes causes, sur les mêmes motifs, et dès lors un sentiment de morale et de justice concourt ici avec cette loi de logique et de raison qui veut que les mêmes causes produisent les mêmes effets.

Ces considérations répondent aussi, on le comprend bien, à l'objection prise de ce que la disposition de l'art. 299 n'a pas été reproduite au chapitre de la séparation. Toutefois, s'il fallait insister sur ce point particulier, nous dirions que le chapitre de la séparation n'est pas muet seulement sur ce point, et que tout ce qu'il y a d'essentiel à régler dans cette situation se règle précisément par les dispositions contenues au chapitre du divorce. Où sont, en effet, les règles de la pension alimentaire à accorder à l'époux qui a obtenu la séparation? Où sont celles sur la garde des enfants? A quoi faut-il se rattacher pour maintenir le droit de surveillance à l'époux qui n'obtient pas cette garde? Le chapitre relatif à la séparation de corps dit-il un mot de tout cela? renvoie-t-il même aux art. 301, 302, 303, qui, dans le chapitre du divorce, statuent sur ces divers objets? Et cependant, ces articles ne sont-ils pas journellement appliqués au cas de séparation de corps? Or, ceci est décisif, ce nous semble. La pensée du législateur se révèle de la manière la plus nette par le silence même qu'il a gardé dans ce dernier chapitre. Dans cette pensée, nous l'avons vu, la séparation de corps n'a été que le divorce lui-même, ramené à cette indissolubilité du mariage prescrite par le catholicisme romain. Lors donc que le législateur, après avoir fait connaître avec précision les effets du divorce proprement dit, a gardé le silence le plus absolu sur les effets de la séparation, ce divorce des catholiques, il a par cela même manifesté la volonté d'appliquer à celui-ci ce qui, dans le premier, n'aurait rien d'incompatible avec le maintien du lien conjugal.

Digitized by Google

Or, quel rapport y a-t-il entre l'indissolubilité de ce lien et l'irrévocabilité des donations faites par contrat de mariage ou depuis le mariage contracté? N'est-il pas évident qu'une donation peut être enlevée à un époux sans que son titre d'époux lui soit retiré? N'est-il pas manifeste que l'on peut anéantir toutes les clauses d'un contrat de mariage sans toucher au contrat lui-même? Pourquoi donc l'art. 299, qui fait résulter du divorce la révocation des donations, ne serait-il pas, à l'égal des art. 301, 302, 303, qui statuent sur d'autres effets du divorce, applicable aussi à la séparation?

Mais, dit-on, l'art. 299 renferme une disposition pénale, et par leur nature des dispositions semblables ne doivent pas être étendues d'un cas à un autre. L'art. 299 contient une disposition pénale! Il faut s'entendre sur ce point. La révocation d'une libéralité n'est pas assurément une peine au même titre que l'emprisonnement, qui, aux termes de l'art. 308, doit être prononcé contre la femme, dans le cas de la séparation motivée sur l'adultère. Ici, nous comprenons très-bien qu'il n'ait pas suffi au législateur d'avoir prononcé cette peine dans le cas du divorce (art. 298), pour la rendre par cela seul applicable au cas de séparation de corps. Pourquoi cela? Il y en a plusieurs raisons. L'une, d'abord, que la condamnation est susceptible d'être modifiée dans son exécution suivant qu'il s'agit du divorce ou de la séparation. Par le divorce, le mariage était dissous, et les époux ne pouvaient plus se réunir. Par la séparation, au contraire, le lien n'est que relâché, et les époux peuvent le reformer à leur gré. C'est d'après ces positions différentes que le législateur a statué : aussi voit-on que tandis que la femme divorcée pour cause d'adultère devait subir dans toute sa durée l'emprisonnement auquel elle avait été condamnée, la femme séparée, au contraire, ne le subit que tout autant que cela convient au mari, qui peut toujours reprendre sa femme, et faire à l'instant même cesser l'expiation (art. 309). Cette différence dans la sanction pénale était, ce nous semble, une première raison pour le législateur de se départir du silence qu'il avait gardé sur

Digitized by Google

les effets de la séparation. Il y en avait une autre plus décisive encore : c'est que l'emprisonnement constitue une peine proprement dite, c'est-à-dire ce qui atteint la personne physique et appartient à l'ordre criminel. Or, cet ordre excluant l'analogie de la manière la plus absolue, comment, dans la circonstance donnée de séparation pour adultère de la femme, un tribunal civil aurait-il pu prononcer la peine de l'emprisonnement contre cette dernière, si un texte précis ne venait pas l'y autoriser? La reproduction de l'art. 298, ou de la disposition qu'il renferme, devait donc être faite au chapitre de la séparation.

En est-il ainsi de l'art. 299? La même nécessité existait-elle encore ici? Non, et la raison en est dans la cause que nous avons assignée à cet article. C'est par suite de l'inexécution des conditions du contrat que l'époux qui rend la séparation nécessaire, est privé des avantages qui lui ont été faits. L'art. 299 implique donc moins l'idée d'une peine proprement dite que d'une déchéance. C'est une déchéance, en effet, et rien de plus; elle s'attache exclusivement aux intérêts pécuniaires, et, à la différence de la peine, qui appartient à l'ordre criminel, elle est plus particulièrement de l'ordre civil. Mais, si l'ordre criminel exclut les analogies, elles sont tout naturellement admissibles dans l'ordre civil. Et, pour ne citer qu'un exemple entre ceux que l'on pourrait donner, qui voudrait soutenir sérieusement aujourd'hui que l'art. 909, qui proclame l'incapacité des docteurs en médecine pour recevoir une libéralité à eux faite par le malade auquel ils donnent leurs soins pendant la maladie dont il meurt, ne doit pas être appliqué aux empiriques que cet article ne mentionne cependant pas? On comprend donc que l'art. 299 a très-bien pu n'être pas répété au chapitre de la séparation, sans cesser pour cela de lui être applicable.

On insiste cependant, et l'on dit que le législateur n'a pas voulu attacher à la séparation les déchéances pécuniaires qu'il fait résulter du divorce. La preuve, dit-on, en est dans l'art. 767 du Code civil, aux termes duquel, « lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de

Digitized by Google

sa succession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit.» L'art. 386, ajoute-t-on, fournit un exemple semblable. Le Code donne au survivant des père et mère l'usufruit des biens de ses enfants mineurs jusqu'à l'âge de dix-huit ans ; et l'art. 386 dit : « Que cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le *divorce* aurait été prononcé. » Cette jouissance existe donc, s'écrie-t-on, s'il n'y a pas eu de divorce, mais simplement séparation ; à moins que partout on ne veuille fausser ou altérer le texte de la loi pour en étendre les termes au cas de séparation[1].

Non, il ne faut pas aller jusque-là pour expliquer, dans notre système, la disposition des art. 767 et 386 ; et, au contraire, c'est précisément en maintenant rigoureusement ces articles dans leurs termes que l'on voit l'exclusion qui en résulte se tourner contre la doctrine que nous combattons.

Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, dit le premier de ces articles, les biens de la succession appartiennent au conjoint *non divorcé* qui lui survit. Ainsi, le conjoint ne succède pas, *s'il est divorcé* au moment de l'ouverture de la succession : voilà l'exclusion qui résulte virtuellement de la loi. Mais pourquoi cette exclusion ? c'est parce que le conjoint divorcé a cessé d'être successible : le divorce a rompu le lien même du mariage ; il n'y a donc plus d'époux, et par cela même, celui des deux qui survit n'a pas plus d'aptitude pour succéder au défunt que n'en aurait toute autre personne étrangère à ce dernier. Aussi, que voit-on dans l'art. 767 ? C'est que, sans distinction aucune entre l'époux qui a fait prononcer le divorce et celui contre lequel le divorce a été prononcé, le droit de succéder disparaît d'une manière absolue, il disparaît pour l'un et pour l'autre. Et cela était nécessaire, puisque l'un et l'autre ils ont perdu le titre d'époux, et, avec ce titre, le principe même du droit de succéder.

Quant à l'art. 386, la disposition qu'il renferme procède du

[1] Voy. le réquisitoire de M. le procureur-général Dupin.

Digitized by Google

même principe. En règle générale, l'usufruit légal des biens des enfants appartient au pèrep endant le mariage, et, après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère. C'est ce qu'établit l'art. 384. Mais lorsque la dissolution du mariage s'est opérée par le divorce, il n'y a pas d'époux survivant; l'un et l'autre ils sont vivants, malgré la dissolution du mariage. Auquel des deux l'usufruit devait-il donc être attribué? Évidemment le principe pris dans l'art. 384 rencontrait là une difficulté d'application dont le législateur ne pouvait sortir équitablement que d'une seule manière, en consacrant le droit de celui qui avait fait prononcer le divorce, parce qu'en général celui contre lequel le divorce a été prononcé est celui qui a des torts à se reprocher. C'est ce qu'a fait l'article 386. L'on voit par là que dans l'exclusion qu'il prononce, cet article est, comme l'art. 767, un effet direct de la dissolution du lien conjugal.

Mais si ces dispositions ne sont rien autre chose que la conséquence de la dissolution, elles devaient par cela même, à la différence de l'art. 299, qui, dans la déchéance qu'il prononce, procède, ainsi que cela a été démontré, d'une cause différente et tout à fait étrangère à la dissolution du mariage, être restreintes au seul cas de divorce; le législateur ne pouvait, sans inconséquence, les étendre jusqu'à celui de la séparation de corps, puisque, dans sa pensée, cette situation ne devait emprunter aux effets du divorce, que ceux qui seraient compatibles avec le lien du mariage qu'elle laisse subsister. L'époux séparé qui survit à son conjoint succède donc, dans le cas de l'art. 767, parce que le mariage n'ayant pas été dissous par la séparation, son droit à la succession s'est maintenu dans sa personne, et il prend l'usufruit légal des biens de ses enfants, parce qu'ayant conservé le titre et la qualité d'époux, le principe posé dans l'art. 384 ne rencontre pas cette difficulté d'application qui se produisait dans le cas de divorce et que le législateur a spécialement résolue dans l'art. 386. Les art. 767 et 386 s'expliquent donc très-bien, dans l'opinion que nous défendons; et, sainement entendus, ces articles, loin de s'élever contre cette

Digitized by Google

opinion, la confirment au contraire et lui prêtent le plus solide appui.

Ce qui la confirme plus énergiquement encore, et ce qui vient porter jusqu'au dernier degré d'évidence cette partie de la démonstration, c'est l'art. 1518 du Code. Il s'agit là d'une de ces déchéances qui ne sont pas, comme celles dont nous venons de parler, un effet direct de la dissolution du mariage, en ce qu'elle est susceptible de se réaliser sans rien enlever à la force du lien conjugal. Si donc le législateur a entendu que la séparation de corps n'entraînât pas les déchéances pécuniaires qu'il a voulu attacher au divorce, c'est là qu'il en va manifester la pensée. Eh bien! est-ce ce qu'il a fait? Non! c'est précisément la pensée contraire qu'il a exprimée! L'art. 1518 dit, en effet : « Lorsque la dissolution de la communauté s'opère par le divorce ou par la séparation de corps, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput ; mais l'époux qui a *obtenu soit le divorce, soit la séparation de corps*, conserve ses droits au préciput au cas de survie. » Ainsi, cet article place sur la même ligne l'époux contre lequel le divorce a été prononcé et celui qui a encouru la séparation de corps : l'un comme l'autre est privé de tout préciput stipulé pour le cas de survie, puisque c'est celui-là seul qui a obtenu le divorce ou la séparation qui conserve ses droits au préciput. Cela n'est-il pas décisif? Et comment s'explique-t-on que le législateur, qui, dans le cas des art. 386 et 767, a parlé seulement du divorce, ait songé à placer sur la même ligne le divorce et la séparation dans le cas de l'art. 1518, c'est-à-dire, alors seulement qu'il s'agissait d'une disposition présentant avec celle de l'art. 299 la plus grande analogie, en ce que, comme celle-ci, elle consacre une déchéance compatible avec le maintien du mariage?...

Quant à nous, il nous semble que cet article fait encore plus, par sa disposition, que de répondre à l'objection particulière tirée des art. 386 et 767. Il exerce, à notre avis, une influence décisive sur l'ensemble de la question, et se présente comme impliquant nécessairement la pensée que la séparation et le divorce

Digitized by Google

doivent produire les mêmes effets, en ce qui concerne la révocation des avantages matrimoniaux. On a dit, il est vrai, que le préciput dont il est question dans l'art. 1518 n'est pas un avantage entre époux (art. 1516 et 1525); que ce n'est qu'une délibation de la communauté, et que, par conséquent, il n'y aurait rien à conclure, en faveur de la révocation des donations, de ce que la dissolution de la communauté résultant de la séparation de corps emporte pour l'époux qui y a donné lieu par son fait la perte de l'expectative du préciput [1]. Nous sommes sur ce point d'un avis tout à fait opposé, et nous pensons qu'il faut, au contraire, conclure, *a fortiori*, de la perte du préciput à la révocabilité des donations. Certes, si le législateur a cru devoir atteindre, par la révocation, jusqu'aux conventions matrimoniales sur la communauté, dans lesquelles les époux n'ont disposé l'un envers l'autre que d'une chose qui leur était commune, a bien plus forte raison doit-on penser qu'il a voulu atteindre la donation que l'un des époux aurait faite de ses propres à son conjoint, contre lequel il a fait prononcer plus tard le divorce ou la séparation de corps. Si l'époux coupable doit perdre le bénéfice d'une convention à titre onéreux, comment conserverait-il celui d'une convention purement gratuite [2]? Ajoutons, d'ailleurs, que la rédaction de l'art. 1518 a cela de remarquable, qu'elle n'établit pas d'une manière directe la perte du préciput au détriment de l'époux coupable contre lequel la séparation de corps ou le divorce a été prononcé, mais qu'elle se borne à la présupposer, en disposant que l'époux qui a *obtenu* soit le divorce, soit la séparation, *conserve* ses droits au préciput en cas de survie. Cela indique donc une relation à des dispositions antérieures auxquelles le législateur se réfère tacitement. Or, ces dispositions ne peuvent être que celles de l'art. 299; d'où il suit que, lorsque dans l'art. 1518 la loi place le divorce et la séparation de corps

[1] Voy. M. Duranton, t. II, n° 629.

[2] Voy. MM. Valette, dans ses excellentes annotations de Proudhon, t. I, p. 547, et Marcadé, t. I, p. 717.

Digitized by Google

sur la même ligne, elle indique virtuellement que, dans sa pensée, l'art. 299 devait s'appliquer à l'une et à l'autre.

Et pourquoi ne s'y serait-il pas appliqué? Fondé qu'il est sur les torts de l'époux, est-ce que la cause d'indignité qu'il établit pouvait être effacée par le choix que l'offensé était autorisé à faire entre le divorce et la séparation? Non! La loi ainsi entendue n'eût pas été seulement immorale, elle eût manqué même le but qu'elle se proposait en rétablissant la séparation de corps. C'est, nous l'avons dit, en se pénétrant de la position que le système exclusif du divorce avait faite aux catholiques romains, que les rédacteurs du Code vinrent à leur secours, en restaurant le moyen de la séparation qui laissait subsister le lien conjugal, et était par cela même susceptible de rassurer leurs consciences. Cela étant, l'application à la séparation des effets du divorce, en tant que ces effets seraient compatibles avec le principe que la séparation ne dissout pas le mariage, devait se faire d'elle-même; et, relativement à l'effet attribué au divorce par l'art. 299, il était d'autant plus juste de l'appliquer à la séparation, que, d'une part, c'est précisément aux anciens principes sur la séparation elle-même que cet effet avait été emprunté par les rédacteurs de la loi nouvelle, et que, d'une autre part, on n'aurait pu le lui enlever sans retirer, en quelque sorte, aux catholiques le bénéfice de la loi, et les replacer dans une alternative tout aussi cruelle que celle que la loi avait eu pour objet de faire cesser. Dans le système exclusif du divorce, on les avait mis entre l'apostasie, s'ils recouraient au divorce, et le désespoir, s'ils n'y recouraient pas; dans le système de la séparation entendue dans le sens que nous combattons, on les aurait placés dans cette position, de renoncer à leurs moyens d'existence en recourant à la séparation, ou de fausser leur croyance si le soin de leur fortune les déterminait au divorce!

Le principe de la révocabilité que nous défendons ici nous paraît donc avoir pour lui les considérations les plus puissantes; la morale et la justice lui prêtent un appui évident; la loi sainement entendue lui est essentiellement favorable; il a été de tout

Digitized by Google

temps le droit commun de la France. La Cour suprême s'en est enfin pénétrée; et le retour éclatant que consacre l'arrêt des Chambres réunies conciliera à cette doctrine l'assentiment unanime que la jurisprudence ancienne lui avait assuré[1].

P. PONT,
Avocat à la Cour royale.

[1] Une autre question se rattache d'une manière assez intime à celle qui vient d'être examinée dans la discussion ci-dessus : c'est celle de savoir si les donations faites par l'époux à celui contre lequel la séparation serait prononcée ne seraient pas, du moins, révocables pour cause d'ingratitude. C'est, comme on l'aperçoit, une question subsidiaire à celle qui vient d'être résolue, et qui suppose la solution négative de cette dernière. Très-vivement discutée aussi devant la Cour suprême, cette question y est devenue sans objet par suite de la solution émise sur la question principale. Il est clair que dès que la Cour suprême admettait la révocation de plein droit et par le seul effet de la séparation de corps, elle n'avait pas à se préoccuper du point de savoir si cette séparation ne devrait pas du moins être pour l'époux offensé le principe d'une action tendant à la nullité de la donation pour cause d'ingratitude. C'est aussi par ce motif que nous nous sommes dispensé de l'examen de cette question. — Cependant, si l'arrêt de la Cour suprême n'avait pas pour effet de ramener à sa doctrine les opinions divergentes, s'il devait se trouver encore des convictions qui résistassent à la révocation de plein droit, on comprend que la question subsidiaire conserverait vis-à-vis d'elles toute son importance. Notre pensée n'est pas aussurément d'approfondir ici cette question; mais il importe, au point de vue que nous avons indiqué, d'en dire quelques mots. La difficulté réside en ce que, par exception au principe de la révocation des donations pour cause d'ingratitude, l'art. 959 du Code civil a disposé que les donations *en faveur du mariage* ne sont pas révocables pour cette cause : cependant, à notre avis, ce texte ne fait pas que la question ne dût aussi être résolue dans le sens de la révocation. En effet, si les mots *en faveur du mariage*, employés par l'art. 959, étaient synonymes de ceux-ci, *en contrat de mariage*, ce qu'il faudrait pour que la donation faite par l'époux lui-même à son conjoint ne pût pas être révoquée pour cause d'ingratitude, il s'ensuivrait que l'art. 299 aurait été dans une antinomie flagrante avec cet art. 959. C'est donc dans l'esprit de la loi qu'il faut rechercher l'explication de ces mots *en faveur du mariage*. Or, en se plaçant sur ce terrain, la question ne paraît pas susceptible d'un doute sérieux. Il résulte en effet d'une manière invincible, des diverses explications de l'art. 959 produites au Conseil d'État, au Tribunat et au Corps-Législatif, qu'en exceptant les donations en faveur

Digitized by Google

du mariage, de la règle générale de la révocation pour cause d'ingratitude, on entendait parler des donations faites aux époux par leurs parents ou par les étrangers, et nullement de celles qui seraient stipulées entre les époux eux-mêmes. Telle a été notamment l'opinion exprimée par MM. Favard, Jaubert, et Bigot-Préameneu. (Voy. Fenet, t. XII, p. 560, 601 et 636.) D'après ces interprètes de la loi, l'exception au principe de la révocabilité pour ingratitude a eu pour objet l'intérêt des enfants à naître; elle a été faite seulement pour ne pas les priver d'un avantage qu'*ils étaient appelés à recueillir*, pour ne pas les *rendre victimes de l'ingratitude du donataire.* L'interprétation de la disposition exceptionnelle de l'art. 959 devra donc se faire sous l'inspiration de cette pensée; toute donation que ne protégerait pas l'intérêt que la loi a voulu respecter, rentrera nécessairement sous l'application de la règle générale, la révocabilité. Et dès lors, pourquoi n'y ferait-on pas rentrer la donation faite par l'un des époux à l'autre? En quoi la révocation d'une telle libéralité peut-elle compromettre l'intérêt des enfants? L'irrévocabilité leur serait souvent plus funeste; car, n'auront-ils pas moins à espérer, pour le soin de leur fortune, de la sollicitude de l'époux ingrat qui sera rarement un bon père? et par conséquent, n'auraient-ils pas plus de chances de retrouver les biens donnés intacts entre les mains du donateur? Mais en supposant au donateur et au donataire une sollicitude égale, en quoi la révocation pourrait-elle, encore une fois, compromettre l'intérêt des enfants? héritiers à la fois du père et de la mère, ne sont-ils pas assurés de retrouver toujours les biens donnés? Et que leur importe de les prendre dans la succession de l'un ou dans celle de l'autre?...

Digitized by Google

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

De la réforme du Code pénal français, par M. Michel SOLIMÈNE, avocat napolitain. Un vol. in-8°. Chez Joubert, libraire-éditeur, rue des Grès, 14, à Paris.

Notre Code pénal n'est point une œuvre parfaite, et l'auteur du livre que nous annonçons a pu, sans beaucoup de peine, relever quelques-uns de ses défauts : ils avaient été déjà, et même à plusieurs reprises, signalés par des publicistes éminents. Tous les criminalistes savent que la théorie de la tentative et celle de la complicité sont incomplètes et appellent de nouvelles distinctions ; que les dispositions relatives à la récidive sont à la fois imprévoyantes et trop absolues ; que la mort civile et les peines infamantes, débris d'une législation abolie, auraient dû être effacées par la révision de 1832 ; enfin que, dans un assez grand nombre d'articles, la peine écrite par la loi est hors de proportion avec la valeur morale du délit.

Mais à côté de ces reproches qui ont souvent été adressés à notre loi pénale, il ne faut pas perdre de vue les mérites réels qui la distinguent. On y trouve, en effet, une classification méthodique et claire des matières, une rédaction nette et souvent heureuse des incriminations, la consécration des règles morales qui permettent de placer l'excuse à côté du crime, et d'apprécier les principaux degrés de la criminalité. La critique la plus sérieuse qu'elle ait soulevée est l'excessive élévation de ses peines. Mais d'abord, il faut le reconnaître, la plupart de ces pénalités rigoureuses se rattachent à des faits dont la perpétration est très-rare, et n'ont par conséquent qu'une application très-limitée. On peut ajouter que la principale qualité d'une loi pénale est de ne frapper que des actions dont la criminalité est reconnue par la conscience, et que le degré de la peine, quoique assurément elle doive se rapprocher le plus possible d'une juste proportion, ne présente qu'un intérêt secondaire. Enfin, il ne faut pas oublier qu'une faculté générale d'atténuation des peines a été inscrite dans notre Code en 1832, et que dès lors leur sévérité n'est plus que nominale : elle a disparu dans la pratique.

A la vérité, M. Solimène attaque le système des circonstances atté-

Digitized by Google

nuantes avec beaucoup de véhémence. Il répète, après une foule de publicistes dont il ne rappelle pas cependant les opinions, que ce système a transporté au jury un droit qui n'appartenait qu'au juge ; que les jurés sont devenus les distributeurs de la peine et les appréciateurs de ses rapports avec le délit; qu'il en est résulté une grave incertitude dans le jugement des crimes et dans l'application du châtiment. Cela est vrai au fond ; mais il ne faut rien exagérer. Le système des circonstances atténuantes, considéré en lui-même, est un instrument indispensable à la justice. M. Solimène reproduit à plusieurs reprises et avec une parfaite raison le principe fondamental que les peines doivent être proportionnées à la valeur morale des délits ; mais comment établir cette juste proportion? Est-ce que la loi peut prévoir les mille excuses qui viennent incessamment affaiblir la criminalité, les mille nuances qui la graduent et la modifient, les faits antérieurs qui exercent une influence directe sur l'agent, et jettent une lumière particulière sur la moralité? La loi ne pourrait même l'essayer; elle trace les règles générales, les excuses fondamentales, et laisse les distinctions au juge. C'est là l'objet des circonstances atténuantes, c'est-à-dire des excuses indéfinies, mais réelles, qui doivent nécessairement influer sur le degré de la peine. Et quel juge doit reconnaître ces excuses, ces faits d'atténuation, si ce n'est le jury qui recherche toutes les excuses et juge tous les faits? Les deux critiques qu'on peut le plus justement adresser à ce système sont celles-ci : le législateur n'a établi qu'une seule formule générale, qui, appliquée dans les cas les plus divers, tend par là même à se discréditer ; en second lieu, il a donné à la déclaration des circonstances atténuantes des effets exorbitants. Ces deux observations ont été précédemment développées dans la *Revue de législation* (voy. notre cahier de janvier 1843). Mais, pour éviter ce double écueil, il eût fallu refaire le Code en entier, reviser ses incriminations, mesurer ses peines ; et, nous l'avouerons, nous préférons une mesure même défectueuse dans la forme, mais excellente et salutaire au fond, au travail d'une révision dont nous aurions craint les résultats.

C'est cette idée qui nous fait combattre encore les propositions de réforme de M. Solimène. Nous n'hésitons pas à reconnaître qu'un grand nombre de ses observations sont justes ; mais nous ne croyons pas qu'une réforme pénale soit mûre et qu'elle soit même nécessaire. Ce n'est pas après treize ans seulement qu'il faut commencer une nouvelle révision après la première. Les lois ne doivent se modifier qu'avec maturité et

Digitized by Google

après une longue expérience; il faut, en outre, que les réformes soient sollicitées par l'opinion publique. Or, notre Code, qui, après tout, est la meilleure loi pénale que nous connaissions, malgré toutes ses imperfections (et nous n'excepterons pas même les lois pénales de Naples), suffit à la pratique d'une bonne justice. Tempérées par les circonstances atténuantes et par le droit de grâce, les peines conservent, en général, une proportion équitable; et peut-être, si ses dispositions étaient revisées, cette révision, par suite d'une réaction visible, ne serait-elle pas faite maintenant dans le sens des progrès que M. Solimène appelle de tous ses vœux. Le besoin de la législation pénale est aujourd'hui la réforme des prisons : c'est là que sera la plus utile modification des peines.

Le livre de M. Solimène est le travail d'un esprit généreux qu'anime l'amour de la justice et de l'humanité. On ne peut qu'applaudir à ses efforts, lors même qu'ils sont empreints de quelque exagération; s'ils ne provoquent pas de résultats immédiats, ils laissent des traces utiles et qui se retrouvent plus tard. C'est la protestation du droit contre l'abus, le plaidoyer de la justice contre l'erreur. Souvent, d'ailleurs, cette protestation est présentée avec talent et toujours avec le sentiment d'une entière conviction. Cependant, dans l'appréciation scientifique de ce travail, il est nécessaire de placer quelques réserves. M. Solimène, jurisconsulte étranger, ne paraît pas connaître, et nous ne l'en blâmons nullement, tous les écrivains français qui ont écrit sur le même sujet; mais il en résulte que son livre, qui n'est plus qu'une étude incomplète, perd une partie de son intérêt. Il ne cite aucun auteur, et toutefois la plupart de ses observations avaient déjà été faites. Ensuite, il se borne à indiquer ses critiques et ne les développe pas. Cependant les questions qu'il agite en passant sont assez graves pour exiger une discussion sérieuse et approfondie. Sans doute sur beaucoup de points on peut se borner à affirmer; mais alors, du moins, il faut se placer sous la protection des noms graves qui ont prononcé le jugement : dans les autres cas, il faut des raisons, et l'auteur les exprime avec une sobriété un peu brève. En résumé, en rendant justice aux excellentes intentions, au talent et, la plupart du temps, aux vues pleines d'humanité de l'auteur de ce livre, nous aurions désiré que son œuvre, plus ample, portât avec elle le témoignage d'une plus complète érudition et d'une maturité plus sûre.

F. H.

Digitized by Google

Cours de droit civil, par M. C. Demolombe, professeur à la Faculté de droit de Caen; tom. I et II, à Paris, chez Auguste Durand, libraire, rue des Grès, 3.

A l'exemple de plusieurs de ses collègues de diverses Facultés, M. Demolombe publie les matières de l'enseignement dont il est chargé à l'École de droit de Caen. Le professeur offre ainsi aux jurisconsultes et aux amis de la science un nouveau *Cours de droit civil français*, tâche immense, à l'accomplissement de laquelle, suivant l'appréciation de l'auteur lui-même, vingt volumes environ doivent être consacrés.

Après tant de commentaires ou de traités savants et profonds dont la législation civile a été l'objet; après l'œuvre de Toullier, cet excellent et si digne interprète du Code civil; après celle de M. Duranton, si remarquable à d'autres titres; enfin après les travaux des jurisconsultes éminents qui poursuivent, sur le même sujet, une tâche non encore accomplie, y avait-il quelque chose à dire de nouveau sur le Code civil, et l'entreprise de M. Demolombe n'apparaît-elle pas comme une bien téméraire inutilité? Pour quelques esprits superficiels, la question n'en serait peut-être pas une. Ceux, en effet, qui prennent trop à la lettre et détournent, par cela même, de sa signification exacte et naturelle, le salutaire principe de l'immutabilité de la loi, ceux-là se feront difficilement à la pensée qu'en présence de cette loi toujours la même, il y ait encore des aperçus qui aient échappé à la sagacité des jurisconsultes savants par lesquels elle est incessamment commentée depuis près de cinquante ans.

Pour peu qu'on y réfléchisse cependant, on sent qu'une semblable appréciation ne serait qu'une erreur. La loi est immuable, sans doute, en ce sens qu'elle a posé des principes généraux que la seule volonté de l'homme ne peut pas changer. Mais il y a, sous ce rapport, entre le principe et ses applications ou ses conséquences, une différence que la force même des choses devait établir. Les conséquences d'un principe posé varient, en effet, à l'infini : les mœurs en se modifiant, la propriété avec ses transformations et ses accroissements, les relations sociales par leur développement et leur extension, y exercent une inévitable influence; et toutes ces causes et d'autres encore, venant à chaque instant déplacer les difficultés, font naître des combinaisons nouvelles d'application. Les rédacteurs du Code eux-mêmes ont eu, d'ailleurs, la conscience de cette nécessité, et, loin de s'attacher à rédiger la loi dans un esprit de précision qui l'eût rendue nécessairement incomplète, ils se sont bornés

Digitized by Google

à poser, d'après l'expérience, des principes lumineux et féconds, reconnaissant qu'empêchés d'étendre leur prévoyance à tous les cas, il fallait s'en remettre aux tribunaux du soin d'appliquer les principes suivant les circonstances.

Donc, si la loi est immuable, il en est autrement de ses applications : aussi voit-on, dans nos recueils et dans nos livres, que les conséquences qui ont été déduites sur le terrain de la pratique se sont prodigieusement multipliées, transformées même, tellement qu'à ne considérer que les résultats nouveaux et imprévus auxquels la science appliquée a été conduite aujourd'hui par le mouvement social, on pourrait douter que le Code civil, ce texte fondamental de notre législation, fût demeuré en 1845 tel qu'il est sorti de la pensée du législateur en 1804.

Et ceci n'explique pas seulement, mais justifie encore de la manière la plus complète la hardiesse apparente de celui qui, sans se préoccuper des efforts de ses devanciers, vient se placer sur le même terrain qu'eux et explorer encore ce terrain, après les investigations profondes dont il a été l'objet. Ainsi donc, même après Merlin, Proudhon, Toullier, Delvincourt, même après MM. Dalloz, Duranton, Troplong, Duvergier, Marcadé, Coin-Delisle, etc., nous concevons très-bien que M. Demolombe vienne produire son œuvre, et, n'y eût-il que les considérations que nous venons d'exposer, elles absoudraient l'entreprise de ce nouvel interprète de la pensée de la loi.

Mais, sous un autre point de vue, cette entreprise se justifie encore. Ici, nous emprunterons à M. Demolombe une partie de sa profession de foi... « Un grand nombre de questions, dit-il dans sa préface, parmi les plus importantes et les plus usuelles, ont été discutées par les auteurs, résolues par les arrêts, et il s'est ainsi formé, sur beaucoup de points, *un dépôt de maximes et de décisions* (Portalis, *Dissertat. sur le Code civil*), un corps de doctrine et de jurisprudence, qui sont devenus, pour ainsi dire, inséparables des dispositions législatives elles-mêmes, en ce sens qu'il n'est pas plus possible désormais d'ignorer les uns que les autres... Aussi ai-je toujours déploré cette espèce de divorce que l'on remarque parfois entre la théorie et la pratique, et ces dédains réciproques qu'elles se témoignent si mal à propos de part et d'autre. Comme si la théorie, étrangère au progrès des temps et des mœurs, privée des enseignements de l'expérience, ne devait pas dégénérer bientôt en vaine spéculation ! Comme si la pratique sans méthode et sans règle était autre chose, à son tour, qu'une pitoyable et dangereuse rou-

Digitized by Google

tine ! » Cet aperçu est de la plus parfaite exactitude. Oui, la science du droit, cette science active et militante, qui, comme le dit encore M. Demolombe, doit toujours être en présence des faits qu'elle a pour mission de gouverner, la science du droit a besoin, pour conserver son caractère essentiel, de l'alliance constante de la théorie et de la pratique. Reconnaître cette nécessité et la proclamer, ce n'est peut-être pas la moindre des hardiesses d'un jurisconsulte que sa position attache à l'enseignement ; ce sera une hardiesse plus grande encore que de lui donner une satisfaction complète ; mais en même temps ce sera, à notre avis, se placer aujourd'hui dans des conditions presque certaines de succès : car, entre les œuvres purement théoriques qui, méprisant systématiquement le contrôle de la jurisprudence, se résument dans les doctrines les plus impossibles, et celles qui, s'inspirant trop exclusivement de la jurisprudence, sacrifient les principes aux maximes qu'à tort ou à raison la jurisprudence a consacrées, il y a, de l'aveu de tous ceux qui considèrent la science du droit dans son caractère essentiel, et n'en font point soit une affaire de routine, soit une chose de pure abstraction, une position éminente à prendre pour celui qui, s'emparant de deux éléments également nécessaires, en opérera la fusion avec la sagesse et l'indépendance du savoir.

C'est la mission que M. Demolombe semble s'être donnée, et c'est encore par ce motif que son œuvre viendra se placer utilement à côté de celles qui l'ont précédée.

De cette immense carrière qu'il doit fournir, l'auteur n'a parcouru encore qu'un espace bien restreint ; cependant les deux volumes qu'il offre aux jurisconsultes renferment assez et d'assez graves matières pour que l'on puisse déjà former un jugement et assurer aussi que M. Demolombe sera fidèle à son programme. Dans une étude approfondie sur le titre préliminaire du Code qui sert d'introduction à cette œuvre, comme il sert d'introduction au Code lui-même, l'auteur a traité du droit et des lois, de la formation, de la promulgation et de la publication des lois, de leur effet en ce qui concerne le temps, les choses et les personnes, et enfin de l'application, de l'interprétation et de l'abrogation des lois. L'explication des titres I, II et III du Code civil complète le premier volume, qui comprend ainsi, avec ce que nous venons d'indiquer, tous les développements relatifs à la jouissance et à la privation des droits civils, aux actes de l'état civil et au domicile.

Le second volume tout entier est consacré au titre de *l'absence*. Peu d'auteurs, jusqu'à M. Demolombe, avaient donné à cette grave et difficile

Digitized by Google

matière les développements qu'elle comporte, dans un traité général sur le Code civil. Si l'on excepte M. Marcadé qui, dans son excellent commentaire de ce Code, l'approfondit et la discute avec soin, et dont au surplus les doctrines et les divisions semblent avoir plus d'une fois inspiré M. Demolombe, on peut dire que les auteurs, sans doute par le motif que l'absence n'est après tout qu'un fait anormal dans la vie de l'homme, ont laissé tout à fait sur le second plan cette matière qui, jusqu'à la publication du Code civil, n'avait pas même été organisée législativement. M. Demolombe en use autrement, et avec raison, ce nous semble. Le titre de *l'absence*, pas plus que tout autre titre du Code civil, ne doit être considéré comme accessoire dans un traité qui a pour objet l'explication de ce Code. D'ailleurs, les difficultés les plus graves surgissent de cette partie de la loi, difficultés de doctrine et d'application, et qui ne se rattachent pas seulement aux dispositions du Code sur la matière, mais encore qui engagent au plus haut point des principes posés ailleurs par le législateur. M. Demolombe a compris avec une intelligence parfaite qu'il y avait là une lacune à remplir ; et, consacrant tout un volume à l'explication de ce titre, il a restitué dans toute son importance une loi, sinon des plus usuelles, du moins des plus dignes, par les complications qu'elle présente, de fixer l'attention des jurisconsultes. Le titre approfondi de *l'absence* forme donc, avec les quatre titres qui le précèdent dans le Code civil, l'ensemble des matières traitées par M. Demolombe, et un commencement d'exécution assez considérable pour faire connaître dès à présent quelle est la portée de l'auteur et quelles seront ses tendances.

Le livre de M. Demolombe, on peut l'affirmer, ne sera pas une de ces œuvres éphémères condamnées dès leur naissance à passer inaperçues, parce que des études sérieuses ne les ont pas préparées et qu'elles n'ont de raison d'exister que le caprice d'un instant. On reconnaît, au contraire, dans les doctrines de l'auteur du nouveau *Cours de Code civil*, un esprit ferme, habitué dès longtemps à la discussion, y apportant une indépendance remarquable et des idées précises et bien arrêtées. Poser les principes avec solidité, en suivre les conséquences prochaines et éloignées, en rapprocher les opinions conformes ou contraires des auteurs, résumer avec exactitude les données de la jurisprudence, et soumettre le tout à cette épreuve si décisive de l'application, tel est le procédé habituel de M. Demolombe. La pratique et la théorie se trouvent ainsi réunies sans que jamais l'auteur sacrifie l'une à l'autre. D'ailleurs, en toute circonstance, intervenant avec sa personnalité, l'auteur se réserve une

Digitized by Google

liberté absolue d'examen, et soit que, sur un point donné, il se soit formé parmi les jurisconsultes une doctrine uniforme, soit qu'une jurisprudence irréfragable paraisse s'être établie, M. Demolombe en appelle aux principes, s'il lui paraît que l'autorité en ait été méconnue.

Disons-le cependant, nous n'accepterions pas toutes les doctrines de l'auteur. Ainsi, entre autres solutions, nous considérons comme très-gravement contestable celle qu'adopte M. Demolombe sur la question de savoir si, lorsque l'étranger demandeur possède des immeubles en France, et qu'à raison de cette possession il est dispensé de fournir la caution *judicatum solvi*, le Français défendeur peut prendre sur ces biens une inscription hypothécaire pour sûreté du payement des frais et dommages-intérêts. M. Demolombe se prononce pour la négative, en se fondant sur ce que, la loi dispensant du cautionnement l'étranger qui est propriétaire d'immeubles en France, ce serait y ajouter que d'autoriser le défendeur à prendre inscription sur ces immeubles (Voy. t. I, n° 259). Cette doctrine, nous en convenons, peut s'appuyer sur l'autorité de Merlin et de Toullier, et sur celle de MM. Duranton et Coin-Delisle; mais, en définitive, serait-elle bien rassurante pour le défendeur, et atteindrait-elle bien le but de la loi dans les dispositions qui exigent du demandeur étranger qu'il fournisse à son adversaire français des sûretés suffisantes? Sans doute, la possession d'immeubles est un lien qui attache l'étranger au sol de la France, et ce seul fait est une garantie; mais, sans parler de la possibilité pour l'étranger de vendre ses propriétés avant l'issue du procès, ne se peut-il pas encore que, même sans aucune intention frauduleuse, cet étranger soit amené à grever ses immeubles pour des sommes qui en absorbent la valeur? Dans l'un et l'autre cas, le Français se trouvera donc, dans le système de M. Demolombe, privé à la fois de la garantie réelle que lui offrirait la propriété immobilière, et du recours personnel résultant de la caution. Cela ne peut pas évidemment être entré dans la pensée de la loi. Et en effet, qu'on en pèse les termes : pour que l'étranger puisse se faire dispenser de fournir caution, il faut, d'après l'art. 167 du Code de proc., que les immeubles qu'il possède soient suffisants pour *répondre* des frais et dommages-intérêts résultant du procès. La loi suppose donc que les immeubles sont éventuellement affectés au payement de ces frais; et si elle le suppose, n'admet-elle pas par cela même la possibilité de l'inscription? Cela est manifeste, ou il faudrait dire qu'elle a voulu la fin sans vouloir les moyens.

Ainsi encore, sur la question de savoir quel doit être le sort d'une

Digitized by Google

stipulation relative à la succession d'un individu qui est en état d'absence, M. Demolombe estime que les art. 791, 1130 et 1600 du Code civil, qui prohibent, sous la sanction de nullité, tout pacte sur une succession future, ne sont pas applicables, et cela non-seulement lorsqu'il s'agit d'un pacte intervenu sur la succession d'une personne en état d'absence *déclarée*, mais aussi lorsque la stipulation est faite sur la succession de celui qui n'est encore qu'absent *présumé* (V. t. II, nos 130 et 131). Sans doute, si M. Demolombe n'avait entendu valider le traité qu'en tant qu'il porterait sur le droit même qu'ont les héritiers présomptifs de demander l'envoi provisoire, ce droit étant, d'après la doctrine des auteurs et la jurisprudence, essentiellement transmissible, nous adopterions son avis; encore même y ferions-nous une réserve pour le cas où la transaction serait faite avant que l'envoi provisoire pût être prononcé, c'est-à-dire pendant la période de la présomption d'absence. Mais M. Demolombe paraît aller plus loin, car c'est le traité qui porte sur les biens mêmes composant le patrimoine de l'absent qu'il semble valider. Or, sur ce point, la doctrine de l'auteur paraît en opposition manifeste avec les principes généraux en matière d'absence. A aucune des périodes de l'absence, si ce n'est peut-être dans la période de l'envoi définitif, la succession de l'absent n'est ouverte; car à aucune des deux premières périodes la présomption de la mort ne prévaut sur celle de la vie. Cela est évident, et n'a pas besoin d'être démontré quant à la première période, et quant à la seconde période, cela ne semble pas plus contestable, puisque l'on voit la loi statuer toujours dans la prévision du retour de l'absent, et n'accorder la possession provisoire aux héritiers présomptifs qu'à titre de dépôt ou d'administration. Donc, si la succession de l'absent déclaré n'est pas plus ouverte que celle de l'absent présumé, il est clair que le pacte dont cette succession aurait été l'objet est un pacte sur succession future tombant par cela même sous la prohibition générale des art. 791, 1130 et 1600[1].

A côté de ces questions, nous en pourrions citer d'autres encore dont la solution ne nous paraît pas sûre : ainsi celle de savoir qui doit, de

[1] Nous devons à une communication bienveillante, de pouvoir dire que cette doctrine a été solidement établie dans une œuvre immense qui sera le plus vaste monument élevé de nos jours à la science moderne. Nous voulons parler du grand répertoire que M. Dalloz prépare depuis nombre d'années, et dont la première livraison sera offerte sous peu de jours au public impatient.

Digitized by Google

l'absent lui-même s'il reparait, ou des héritiers présomptifs envoyés en possession, supporter les frais de la déclaration d'absence et de l'envoi provisoire, question résolue contre l'absent par M. Demolombe (t. II, n° 94); celle de savoir si le créancier auquel l'absent aurait conféré une hypothèque sur un bien qu'il détenait, par exemple comme donataire sous condition de retour, aurait le droit d'exercer *hic et nunc* son droit hypothécaire, et par suite de faire vendre l'immeuble entre les mains du donateur remis en possession par l'effet de l'absence déclarée, question que l'auteur résout par l'affirmative (n° 142), etc.

Mais quelque parti que l'on prenne sur ces questions, toujours faut-il reconnaître que, même lorsqu'on se sent porté à ne pas adopter la doctrine de M. Demolombe, l'auteur est utile au jurisconsulte par le soin qu'il met à comparer les opinions opposées, en s'entourant de tous les documents qui viennent à l'appui des unes et des autres.

En résumé donc, si nous avons réussi à faire connaître l'économie du travail de l'auteur, on sent que son livre se produit dès l'abord comme une œuvre considérable, largement conçue, patiemment élaborée, et présentant cette netteté et cette précision qui sont le propre des auteurs complétement maîtres de leur matière. Continué sur le même plan, le nouveau *Cours de Code civil* arrivera à cette sorte de succès que tout écrivain doit ambitionner : entre toutes les autorités considérables que l'on peut aujourd'hui invoquer dans l'interprétation du Code civil, il sera, lui aussi, une autorité sur laquelle il ne sera pas, à beaucoup près, indifférent de pouvoir s'appuyer. P. Pont.

Traité de la procédure civile, par M. Boncenne. — Continuation par M. Bourbeau, professeur à la Faculté de droit de Poitiers. Tome Ier, deuxième partie de la continuation. Tome V de l'ouvrage complet.

M. Bourbeau poursuit avec zèle et talent la continuation de l'ouvrage si remarquable de M. Boncenne. La deuxième partie du Ier volume, que nous avons sous les yeux, traite des règlements de juges, du renvoi à un autre tribunal, de la récusation, de la péremption et du désistement. M. Bourbeau s'est attaché à rester fidèle à l'exemple que lui donnait son prédécesseur. Conformément à la méthode inaugurée avec tant de succès par M. Boncenne, il a soin de rapprocher toujours les anciennes lois et l'ancienne jurisprudence de l'interprétation d'un Code qui leur a emprunté un si grand nombre de dispositions, et ces recherches historiques lui procurent à la fois le double avantage de mieux faire compren-

Digitized by Google

dre le droit actuel, et de jeter quelque variété et quelque agrément sur une matière un peu aride de sa nature. Si l'ouvrage s'achève comme il est commencé, les volumes écrits par M. Bourbeau occuperont dignement leur place à côté de ceux de son devancier ; c'est le meilleur éloge qu'on puisse en faire.

Éléments du droit commercial, ou *Commentaire sur le Code de commerce*, suivi d'un formulaire contenant le modèle de tous les actes qui peuvent être faits sous signature privée, par M. H. THIERCELIN, docteur en droit, avocat à la Cour royale de Paris.

L'auteur des *Éléments du droit commercial* s'est attaché à donner un commentaire dans la forme la plus rudimentaire. Expliquer d'une manière plus ou moins claire les termes obscurs que peut renfermer le texte de tel ou tel article, compléter les dispositions du Code de commerce par celles qui se trouvent éparses dans d'autres lois, indiquer à la suite de chaque article les conséquences qu'en ont tirées la jurisprudence et la doctrine, voilà en somme à quoi se réduit le travail de M. Thiercelin. L'on chercherait en vain dans son livre ces larges développements théoriques et historiques dont d'illustres contemporains ont enrichi leurs commentaires. Les questions même, souvent si belles et si difficiles, que soulève la matière, par exemple dans les titres des sociétés et des faillites, ne sont que fort rarement indiquées ; le plus souvent l'auteur se contente d'exprimer dogmatiquement la solution qui lui paraît préférable, sans dire quelle est sa raison de décider, et sans même avertir que la question est controversée. Tel qu'il est cependant, comme il donne un résumé à peu près complet des points définitivement acquis à la science, le livre de M. Thiercelin peut avoir une certaine utilité pour un certain public ; il peut remplir l'un des objets qu'il assigne lui-même au commentaire, et qui consiste à *initier à la connaissance de la loi ceux qui y sont restés jusqu'alors étrangers* ; mais quant *à ramener à des idées exactes ceux qui ont étudié autrefois la loi*, nous pensons que la lecture du Code de commerce lui-même sera plus utile que celle de ce commentaire. Car nous n'imaginons pas que l'auteur range parmi les idées exactes que l'on peut puiser dans son livre, et que la loi ne donnerait pas, des définitions dans le genre de celle-ci : « Il est un caractère particulier auquel on peut reconnaître qu'un acte est commercial, et ce caractère *c'est qu'une personne se porte, à propos d'actes matériels, intermédiaire entre les besoins ou les plaisirs d'autres personnes.* » Nous ne déciderons pas si

Digitized by Google

cette définition, que l'auteur reproduit jusqu'à deux fois (p. 3 et p. 686), est ou n'est pas exacte, car il nous a été parfaitement impossible de la comprendre. Nous devons ajouter cependant que l'auteur ne se tient pas habituellement à cette hauteur de style où son commentaire aurait besoin d'être commenté; il est ordinairement très-intelligible, mais alors il ne fait guère que répéter ce que d'autres ont dit avant lui.

Jurisprudence de la Cour royale d'Aix, publiée sous ses auspices, par une société d'avocats, sous la direction de MM. L. Pascal, avocat à la Cour royale d'Aix, et Marguery, avoué près la même Cour. 12 livraisons, 1 fort vol. in-8° par an. Prix, 10 francs. (Première année 1844, deuxième année 1845.)

Les recueils de jurisprudence occupent dans la littérature juridique une place considérable, non-seulement au point de vue de la pratique, mais encore au point de vue de la science. Placée en présence d'une législation immobile, la jurisprudence est devenue véritablement le véhicule du progrès dans le droit appliqué; elle s'est trouvée chargée de maintenir au niveau des besoins actuels une loi faite sous l'empire d'un état social en grande partie dépassé. Par la force même des choses, qu'ils le veuillent ou non, qu'ils s'en rendent compte ou qu'ils l'ignorent, les tribunaux institués pour appliquer la loi, mais aussi pour l'interpréter, ouvrent incessamment au droit des voies nouvelles, par la solution de questions neuves, ou même par la solution nouvelle de questions déjà débattues. C'est là une grave mission et qui demande de la part des magistrats une circonspection extrême, et de la part du public une critique toujours éveillée. L'utilité principale des recueils de jurisprudence à ce point de vue, c'est d'être à la fois une sorte de *bulletin* du droit jurisprudentiel, et une tribune d'où peut se faire entendre une critique éclairée et modérée des principes qu'il tend à sanctionner. Le recueil dont le titre précède remplit parfaitement cette double tâche. Publié sous la direction non-seulement d'hommes versés dans la pratique des affaires, mais encore de plusieurs des plus savants professeurs de la Faculté d'Aix, il ne se contente pas d'indiquer les décisions jurisprudentielles; il relève avec un soin extrême les circonstances de fait et les arguments de droit que l'on a invoqués pour et contre, et il donne des dissertations complètes et *ex professo* sur les questions les plus importantes. Sous tous les rapports, il mérite de se répandre hors du ressort pour lequel il est fait plus spécialement.

Digitized by Google

Dictionnaire de droit commercial, par MM. Goujet et Merger, avocats. Paris, Joubert, éditeur.

Le deuxième volume de cet ouvrage recommandable vient de paraître; il mérite entièrement les éloges que nous avons donnés au premier. La législation, la jurisprudence et la doctrine y sont relevées avec le même soin consciencieux, et toutes les notions nécessaires ou simplement utiles dans la pratique sont exposées dans un style également clair et concis. Des articles d'une étendue appropriée à l'importance de la matière ont été consacrés aux mots *commissionnaire*, *compétence*, *concordat*, *contrainte par corps*, *contrefaçon*, *courtiers*, *douanes*, *établissements insalubres*. Chacun de ces articles est un traité substantiel de la matière, et les personnes qui ont à s'occuper de la pratique commerciale, à quelque titre que ce soit, ne sauraient prendre un meilleur guide.

Ofner Stadrecht. Statut de la ville de Bude (en Hongrie), de 1244 à 1421. Publié par MM. André Michnay et Paul Lichner, professeurs au Lycée de Presbourg. Un beau volume in-4°, xviii et 298 pages.

Première édition du plus ancien livre de droit hongrois, et de l'un des plus curieux monuments du droit municipal au moyen âge, cet ouvrage réclame la plus sérieuse attention des historiens et des jurisconsultes. A une époque où la bourgeoisie tend à prendre dans la vie politique de l'Europe entière une place prépondérante, il est d'un grand intérêt de rechercher partout ses origines et son passé. Le droit municipal de Bude offrira un complément utile à ces études entamées de toutes parts. Les savants éditeurs n'ont rien négligé de ce qui pouvait procurer à ce livre la publicité dont il est digne : ils ont donné, dans un appendice, tous les documents propres à l'éclairer et à le compléter, et ont terminé leur publication par un glossaire étendu et très-bien fait. Enfin (et ce mérite n'est pas à dédaigner), la typographie allemande a rarement produit une œuvre plus parfaite.

Geschichte des Concursprozesses der Stadt und Landschaft Zurich. Histoire de la procédure de la déconfiture dans la ville et le territoire de Zurich, jusqu'à la publication du statut de 1715, par M. Fr. Wyss, professeur à Zurich. 1 vol. in-8°.

Monographie destinée à compléter, pour l'une des parties importantes de la procédure, la grande histoire du droit de Zurich de M. Bluntschli. Le sujet choisi par M. Wyss, quelque spécial qu'il soit, méritait peut-

Digitized by Google

être cette distinction, en ce que le droit de Zurich est, spécialement en ce point, le développement d'institutions purement germaniques, sans mélange de tous ces éléments étranges qui ont fini par constituer le droit commun de l'Allemagne. Quoi qu'il en soit, le livre de M. Wyss est plein de détails intéressants et de recherches savantes et ingénieuses.

Hamburgische Rechtsalterthümer. Antiquités du droit de Hambourg.

Recueil des plus anciens statuts municipaux et droits de navigation de la ville de Hambourg, publié par M. Lappenberg, et précédé d'une introduction étendue, où le savant auteur expose l'histoire du droit municipal de Hambourg, et de ses différentes rédactions depuis 1270 jusqu'en 1497.

Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts. Nouvelle révision des idées fondamentales du droit criminel, par M. Kœstlin, professeur à Tubingen. Un fort volume in-8°.

Cet ouvrage, qui rappelle le titre du livre par lequel Feverbach a fait entrer dans une phase nouvelle la science du droit criminel en Allemagne, en la pénétrant des principes de la philosophie de Kant et de Fichte, se propose également de placer la théorie du droit criminel au niveau de l'état actuel des doctrines philosophiques.

Das deutsche Staatsleben vor der Revolution. La vie politique de l'Allemagne avant la Révolution, par M. Perthes, professeur à Bonn.

Ce livre a pour but de rechercher les origines les plus immédiates de la constitution actuelle de l'Allemagne, et de fournir ainsi une sorte d'introduction au tableau du droit public de la Confédération germanique. Il est plein d'aperçus nouveaux et ingénieux sur l'histoire politique du dix-huitième siècle en Allemagne.

CHRONIQUE.

L'institution des Conseils de prud'hommes n'a été pratiquée jusqu'ici que d'une manière incomplète; on ne l'a fait fonctionner que comme un tribunal chargé de concilier et de juger les petits différends de la fabrique, en renfermant son action dans le cercle purement judiciaire. La pensée

Digitized by Google

de la loi de 1806 et du décret de 1809 s'étend plus loin ; outre les attributions analogues à celles des juges de paix, les prud'hommes sont revêtus de fonctions importantes, de nature à régulariser la marche du travail libre. Ce sont eux qui, institués pour veiller à la sincérité des marques de fabrique, peuvent ramener la loyauté dans les transactions commerciales ; ce sont eux aussi auxquels la loi confie le soin de recueillir les renseignements statistiques sur le nombre des métiers et des ouvriers employés, sur la situation de la production, les causes de la prospérité ou du déclin de la fabrication, etc. Ils devraient donc servir d'instrument à une véritable enquête permanente sur la position des travailleurs, et pourraient fournir les renseignements les plus utiles.

Il faut bien le dire, cette partie des attributions des Conseils de prud'hommes a été constamment négligée et presque mise en oubli. M. Cunin-Gridaine vient donc de rendre un service véritable au pays, en remettant en vigueur les dispositions prévoyantes de la législation impériale. Une circulaire récente, adressée par M. le ministre du commerce aux Conseils de prud'hommes, circulaire à laquelle sont annexés des modèles d'états statistiques, invite les prud'hommes à procéder aux inspections des ateliers prescrites par les lois de leur institution, et à consigner, d'après les cadres qui leur sont envoyés, le résultat de leur enquête.

— La question des mariages mixtes, après avoir agité si profondément divers États de la Confédération germanique et notamment la Prusse, vient de recevoir une solution remarquable dans l'un des pays de l'Allemagne qui se sont toujours le plus distingués par un esprit tolérant et éclairé. L'archevêque de Fribourg (Bade) a adressé sur cet objet, à ses subordonnés, un mandement dont nous reproduisons fidèlement la teneur :

« Nous mandons à nos décanats de s'en tenir rigoureusement au mandement de l'*ordinariat* archiépiscopal du 3 janvier dernier, et nous enjoignons à tous les curés de se conformer exactement aux instructions qui leur sont données dans cet acte. Aux termes de ces instructions, lorsque des fiancés voudront contracter des mariages mixtes, les curés devront en référer à l'ordinariat en lui donnant connaissance de toutes les circonstances de la cause, pour être renseignés par lui sur la conduite qu'ils auront à tenir. Ces instructions n'ont pas été abrogées par le rescrit du ministère de l'intérieur du 3 juin dernier, relativement aux curés qui ont prêté serment d'obéissance à leur *ordinarius* ; elles conservent pour eux leur pleine autorité. Notre intention, dans ce mandement, était de nous mettre à même de reconnaître, par les circonstances de chaque es-

Digitized by Google

pèce, si la partie catholique était ou non digne de la bénédiction religieuse : l'Église seule peut prononcer sur ce point, car la bénédiction est de nature purement religieuse. Pour ce qui est de la conduite à tenir relativement aux mariages mixtes, nous devons suivre rigoureusement les prescriptions du chef de l'Église, auquel tout catholique doit obéissance. D'après ces prescriptions, la bénédiction religieuse doit être donnée, lorsqu'il est certain que *tous les enfants à venir* seront élevés dans la religion catholique; au cas contraire, *elle doit être refusée*. Les curés devront donc, dans le cas où les lois du pays n'assureraient point l'éducation catholique de tous les enfants, *exiger des fiancés un contrat conclu devant l'autorité séculière* compétente et par lequel ils s'engageront à faire élever *tous* leurs enfants dans la religion catholique. Si ce contrat n'est pas conclu, dans les cas où les lois du pays n'assurent pas cette éducation catholique; si par conséquent le curé n'a pas la certitude que les enfants seront catholiques, il remplira, sans résistance, le libellé du mariage et publiera les bans, mais sans mentionner la religion des époux; il rédigera également un acte de publication, mais en omettant avec soin toute expression d'où pourrait naître même le simple soupçon de son concours et de son approbation, et enfin il assistera au mariage simplement comme *testis qualificatus et authorizabilis, excluso omni ritu catholico*, pour recevoir le consentement mutuel, et il portera au registre des mariages, le mariage mixte valablement contracté de cette manière. L'omission de la bénédiction ne rend pas le mariage nul; par conséquent, l'époux protestant n'éprouve aucun préjudice; la bénédiction de l'Eglise n'est refusée qu'à l'époux catholique qui soustrait ses enfants à l'Église catholique, et elle lui est refusée parce qu'il ne la mérite pas. D'ailleurs l'indifférence qu'il montre pour l'éducation catholique de ses enfants permet de penser que la bénédiction de l'Église catholique lui est également indifférente. Il est inutile d'ajouter que le fiancé catholique ne sera pas admis aux saints sacrements de la pénitence et de l'autel avant la conclusion d'un tel mariage. Si du reste, une fois l'acte accompli, il s'approche des saints sacrements avec un esprit disposé à la pénitence et véritablement repentant, le prêtre devra les lui accorder. La charité pour nos frères protestants ne souffre aucunement de cette décision et fermeté de la foi; nous les aimons comme nous-mêmes et donnerions notre vie pour eux; mais nous ne devons point, par une charité mal entendue, charger notre conscience. Si les curés rencontraient, dans l'exécution de ces prescriptions, de quelque part que ce fût, des obstacles ou des désagréments, ils n'auraient qu'à déclarer que nous prenons tout sous notre responsabilité. Cette décision sera communiquée aux curés.

« Fribourg, 9 août 1845.

« HERMANN, archevêque de Fribourg. »

Digitized by Google

DE L'ORGANISATION
DE LA FAMILLE A ATHÈNES.

Déjà, dans un premier article [1], j'ai tenté de présenter une esquisse de la constitution judiciaire d'Athènes : encouragé par d'honorables sympathies, j'essayerai aujourd'hui de retracer l'organisation de la famille dans cette république célèbre. De toutes les branches du droit civil d'un peuple, celle-ci, plus qu'aucune autre, est digne, assurément, de fixer l'attention du jurisconsulte; elle se rattache, en effet, par des rapports nécessaires, à la constitution politique de la nation, à ses mœurs, à son génie particulier, à son culte religieux. Parmi les liens divers que la société nous impose, celui de la famille, d'ailleurs, est à la fois et le plus intime et le plus durable. Il prend l'homme à son berceau, il le suit pendant sa vie entière, il ne l'abandonne que dans la tombe. Aussi l'étude des lois constitutives de la famille est-elle le meilleur moyen pour connaître vraiment le degré de civilisation auquel était parvenue l'époque qui leur donna naissance. Si la civilisation véritable a sa source dans la vertu et le perfectionnement individuels, elle ne saurait exister là où les relations de famille ne reposent pas sur des bases harmonieuses et morales. En vain la gloire des conquêtes et la splendeur des arts viendraient-elles voiler le malaise interne dont la société est atteinte dans un état de choses semblable : leur éclat passager se dissipe bientôt et fait place à une décadence in-

[1] Voy. notre *Revue*, collection, tome XX, p. 129 et 289.

Digitized by Google

vincible, parce qu'elle a sa source dans la dégradation des caractères et l'abaissement des intelligences.

Les lois qui organisent la famille ont évidemment leur source principale dans les idées morales et religieuses en vigueur chez la nation qui les établit; cependant, il est facile de le remarquer, les institutions politiques exercent aussi sur la constitution des familles une influence très-grande. Dans une société aristocratique, le pouvoir domestique tendra nécessairement à s'affermir et à s'étendre. Un ensemble de traditions, se tenant les unes les autres, sur la splendeur de la race et la nécessité de lui subordonner l'intérêt des individus, prendra naturellement possession des esprits. De là, une foule de dispositions législatives empreintes toutes d'une physionomie commune. Telles seront, pour citer quelques exemples, l'exclusion des femmes des successions et leur tutelle perpétuelle, une autorité absolue accordée au père sur ses enfants, au mari sur sa femme, ou bien encore la prolongation de la puissance paternelle au delà de la majorité naturelle de l'enfant. Dans un gouvernement démocratique, au contraire, on verra presque inévitablement se reproduire, au sein de la famille, cette absence de sujétion et de dépendance dont chaque citoyen se glorifie dans l'ordre politique. Le propre d'un semblable gouvernement étant d'isoler l'homme en l'habituant à ne plus compter que sur lui seul, l'esprit de famille, si puissant chez les peuples aristocratiques, disparaît sans retour, et avec lui tombent successivement toutes les institutions qu'il avait engendrées. Au milieu de l'agitation incessante qui remue la société, l'influence des femmes s'atténue peut-être, parce que les mœurs prennent quelque chose de plus rude et de moins élégant. Cependant, l'inégalité qui pesait sur elles tend à s'anéantir; elles acquièrent des droits civils absolument sem-

Digitized by Google

blables à ceux de l'homme, tant l'idée générale d'égalité et de nivellement plane sans contradiction sur la société entière.

L'application de ces principes est sensible dans la législation de l'ancienne Rome. L'organisation si une et si forte de la famille romaine était en harmonie parfaite avec la constitution profondément aristocratique de la cité. Il semblerait, dès lors, que les institutions d'Athènes sur le même objet devraient présenter une physionomie entièrement différente; cependant il n'en est pas ainsi. La démocratie athénienne, tout illimitée qu'elle était, en ce qui concernait le gouvernement de l'État, s'arrêtait au seuil de la famille, et l'on y rencontre avec étonnement un grand nombre de combinaisons qui semblent propres à l'aristocratie. Plusieurs causes expliquent ce résultat. La première, et la plus importante à nos yeux, c'est la persistance, au sein de la république d'Athènes, d'un élément social éminemment aristocratique. L'esclavage, on le sait, faisait la plaie d'Athènes, comme celle de tous les autres peuples de l'antiquité. Chez les Athéniens, le nombre des esclaves était même dans des proportions plus fortes qu'ailleurs, puisque, sur une population de 500,000 habitants, l'on comptait 400,000 esclaves. Les étrangers domiciliés, au nombre de 20,000, étaient tenus également dans une sujétion très-dure, de telle façon que les citoyens, investis seuls des droits naturels essentiels à la sécurité et à la dignité de la vie, formaient, à le bien prendre, une aristocratie véritable au milieu de laquelle régnait, il est vrai, une égalité complète. L'avilissement des femmes était encore un obstacle à ce que les idées démocratiques pénétrassent dans l'intérieur de la famille. Dépouillées, par la corruption des mœurs, de ce prestige qui fait leur puissance, elles tombaient forcément, bien plus encore qu'à Rome, dans un état voisin de la servitude.

Digitized by Google

Une des sources d'intérêt du travail que nous entreprenons, c'est, à notre estime, la preuve qu'il devra nous fournir de la supériorité évidente de la civilisation moderne sur celle de l'antiquité. En voyant, chez le peuple le plus civilisé de la Grèce, un grand nombre de restes de barbarie encore empreints sur les lois civiles les plus nécessaires, on arrive bien vite à reconnaître l'erreur complète de ces philosophes du dernier siècle, aux yeux desquels Athènes et Sparte étaient pour ainsi dire le dernier mot de l'humanité. Sans parler de leurs misères intérieures les moins contestables, telles que les révolutions journalières, l'esclavage et les mauvaises mœurs, combien les anciens Grecs n'étaient-ils pas loin des nations chrétiennes relativement à la matière qui fait actuellement l'objet de notre étude! C'est en vain qu'on chercherait chez eux, dans la constitution des familles, ce caractère général d'équité et de douceur dont notre religion devait assurer le triomphe. Dans leur législation civile, les Athéniens semblaient ne pas admettre de principes naturels possédant une vérité absolue. Tous les rapports que la société établit entre les hommes étaient, à leurs yeux, une création de la loi positive qui devait toujours en subordonner la détermination à ce que l'on croyait être l'avantage de l'État. De là, l'oppression systématique, au profit des forts, de ceux qui étaient soumis à la puissance d'autrui.

Les lois sur les mariages et les tutelles, et par suite la condition des femmes et des enfants chez les Athéniens, tels sont les points principaux sur lesquels notre examen devra porter. J'y joindrai un aperçu relativement à la position civile des affranchis et des esclaves, puisque cette classe de personnes formait une partie essentielle de la famille antique. Il serait intéressant sans doute, en traitant un sujet qui tient si intimement à l'histoire et à la philosophie sociales,

Digitized by Google

de ne pas borner ses recherches aux seules lois d'Athènes, et de joindre à celles-ci un exposé de la législation en vigueur chez les autres peuples de la Grèce. Une juste défiance de mes forces et la difficulté de réunir les matériaux nécessaires, m'ont détourné de l'idée de donner à cet essai une extension aussi grande. Heureux si, en me restreignant de la sorte, il m'était donné de ne pas me montrer par trop inférieur à la tâche que je n'ai pas craint d'entreprendre. Les monuments du droit écrit d'Athènes ayant péri sans retour, c'est à l'aide d'indications éparses recueillies dans les orateurs, les poëtes et les historiens, que j'ai tenté de reconstruire l'édifice de la famille athénienne, et je suis le premier à reconnaître combien les étais que j'ai dû employer paraîtront souvent chancelants et peu sûrs.

CHAPITRE Ier. — DU MARIAGE.

La base essentielle de la famille étant l'union permanente de l'homme avec la femme, c'est aussi par l'examen des règles constitutives du mariage que nous devons commencer notre travail. Le mariage, chez les Athéniens, n'était pas ce lien intime et sacré qui identifie l'une à l'autre deux existences jusque-là distinctes, et, tout en maintenant le pouvoir du mari sur l'épouse, adoucit singulièrement le joug de celle-ci par la dignité dont il l'entoure. La femme, à Athènes, ne prenait pas le nom de son mari [1]; même après son

[1] Il en était différemment chez les Romains : on ajoutait souvent au nom de la femme celui de son mari. On lit encore à Rome, sur l'un de ses tombeaux antiques les plus beaux et les mieux conservés, celui de Metella, femme de Crassus, l'inscription suivante :

CÆCILIÆ
Q. CRETICI. F.
METELLÆ CRASSI.

Digitized by Google

veuvage, elle n'avait aucun pouvoir sur ses enfants. D'ailleurs, la fréquence des divorces, que la loi elle-même venait souvent commander, ne pouvait manquer d'ôter à l'union conjugale cette sécurité qui en fait le charme, et qui contribue tant à donner à l'épouse une position élevée.

Cependant, si la femme n'occupait ainsi au foyer domestique qu'un rang secondaire, elle n'avait pas à craindre d'y voir une rivale venir lui disputer la qualité d'épouse. La monogamie était admise sans controverse parmi les Grecs civilisés. Les Thraces, il est vrai, et quelques autres peuples des frontières, permettaient au même homme d'avoir à la fois plusieurs femmes; mais ils étaient blâmés par leurs compatriotes, et, notamment sur les théâtres d'Athènes, on leur reprochait d'avoir pris les mœurs des barbares dont ils étaient voisins [1]. Cette coutume, si importante pour la civilisation, incompatible avec la polygamie, comme l'attestent de nos jours les efforts impuissants des musulmans vers le progrès, remontait en Grèce à l'antiquité la plus reculée. Au temps d'Homère, les mœurs sont rudes et grossières; aucune délicatesse ne paraît présider aux rapports des hommes avec les femmes, et l'on se dispute une captive avec aussi peu de scrupule que toute autre partie du butin. Pourtant, dans la même maison, il n'existe jamais qu'une seule épouse. Les enfants provenus du mariage légitime sont exclusivement appelés à succéder à leur père; seuls, ils prennent son rang et ses dignités. Ceux qui ont reçu le jour d'une esclave occupent, à tous égards, une position inférieure et humiliée.

Bien que l'unité du mariage fût le droit commun d'Athènes, il paraît néanmoins que des lois particulières vinrent quelquefois autoriser les citoyens à prendre en même temps

[1] Euripide, *Andromaque*, traduction d'Artaud, p. 403.

Digitized by Google

deux femmes légitimes. Le but de ces mesures législatives, passagères de leur nature, était de remédier à la dépopulation occasionnée par des guerres prolongées. Une loi semblable avait été rendue à la fin de la guerre du Péloponèse, et, si l'on en croit Diogène Laerce, le sage Socrate lui-même avait cru devoir profiter de la permission qu'elle accordait[1]. C'est la gloire de la morale chrétienne d'avoir placé les principes constitutifs de la famille dans une sphère idéale et sacrée, où les nécessités prétendues du moment ne sauraient parvenir pour les détruire ou les altérer. Et que sont, en effet, quelques avantages passagers et contestables, auprès de ces grands intérêts de perfectionnement et de dignité morale?

§ I. — Des formalités du mariage.

Les formalités essentielles du mariage étaient extrêmement simples, ou plutôt il n'existait pas, pour constater cet acte si important de la vie civile, de formes extérieures indispensables. La volonté des époux, jointe à la possession d'état, était réputée suffire, si d'ailleurs ils réunissaient les conditions exigées par la loi pour contracter ensemble une union légitime[2]. Mais, à défaut de solennités légales, les mœurs et l'usage entouraient la célébration d'un mariage d'un assez grand nombre de manifestations publiques qui, le plus souvent, venaient suppléer, dans la pratique, à l'insuffisance de la législation à cet égard. Indépendamment de la constitution de la dot, qui se faisait avec une sorte de solennité en

[1] *Vie de Socrate*, § 6.

[2] Avant le concile de Trente, cette règle était restée en vigueur dans le droit canonique. Encore aujourd'hui, le refus du curé d'accorder la bénédiction nuptiale ne pourrait empêcher le mariage, pourvu que les parties lui déclarassent leur intention de le contracter, en présence de deux témoins. (Walter, *Manuel du droit ecclésiastique*, § 292 et 293.)

Digitized by Google

présence de témoins, des cérémonies religieuses et des sacrifices particuliers appelaient habituellement la protection des dieux sur les nouveaux époux. La femme, abandonnant les divinités domestiques de son père pour adorer désormais celles de son mari, devait s'efforcer de fléchir par des supplications ses pénates primitifs. Par le même motif, la jeune fille, avant la cérémonie nuptiale, se présentait à l'autel de Diane pour désarmer la colère de la déesse dont elle allait cesser, par son union, de suivre les lois [1].

La naissance des enfants, comme nous le verrons bientôt avec plus de détails, était constatée sur les registres de la phratrie, sorte de corporation civile réunissant un certain nombre de familles dans un lien commun, et remplissant un rôle fort important dans le droit civil des Athéniens. Aucun procès-verbal semblable ne venait rappeler l'existence d'un mariage nouvellement accompli; cependant, au moins dans les familles aisées, la phratrie ne restait pas étrangère à l'allégresse qui accompagnait naturellement l'alliance d'un de ses membres. Il était d'usage, en effet, que le nouvel époux donnât un festin d'apparat aux citoyens de sa phratrie et même qu'il leur fît des cadeaux [2]. Si la réalité du mariage venait plus tard à être contestée, l'on invoquait, pour résister à des prétentions injustes, le témoignage des membres de la phratrie qui avaient participé à ces cérémonies.

§ II. — Des empêchements au mariage.

A Athènes, comme dans la législation de presque tous les peuples, il existait deux sortes d'empêchements relativement

[1] Euripide, *Iphigénie en Aulide*, p. 23.

[2] Démosthène, c. Eubulide, traduction de Stiévenart, p. 429. Isée, *Succession de Ciron*, traduction d'Auger, p. 377.

Digitized by Google

au mariage. Les uns provenaient du droit naturel, et les autres du droit civil; mais nous n'avons vu nulle part rien qui indiquât une différence entre les empêchements simplement prohibitifs et les empêchements dirimants. Cette distinction, qui joue un si grand rôle dans notre jurisprudence par rapport aux nullités de mariage, n'était pas connue non plus dans le droit romain [1], et cela n'a rien d'étonnant. Il est évident, en effet, qu'elle se rattache à un ordre d'idées trop artificiel pour trouver place dans les lois d'un peuple encore primitif. Son application suppose, d'ailleurs, une série de précautions légales destinées à prévenir l'accomplissement d'une union illicite; elle n'est pas compatible avec le pouvoir donné aux époux de constater leur mariage par une simple manifestation de leur volonté. Les conditions nécessaires pour le mariage doivent alors être peu nombreuses et faciles à remplir; mais aussi, quand elles ne se rencontrent pas, il y a nullité complète et absolue. La théorie des empêchements prohibitifs vient du droit canonique; elle a pris sa source dans le respect extrême de cette législation pour la sainteté de l'union conjugale.

Il ne nous a pas paru que les lois d'Athènes, au moins dans l'état si imparfait où elles nous ont été transmises, continssent une règle bien positive sur l'âge compétent pour contracter mariage. L'usage, ce semble, avait fixé cet âge à 15 ans pour les femmes et à 18 ans pour les hommes. Nous aurions peine à penser, cependant, qu'une union plus hâtive eût été nulle, dès là que les parties fussent parvenues à la puberté et auraient eu dès lors capacité naturelle

[1] *Inst.*, *De nupt.*, § 12. Le mariage contracté par la veuve avant l'expiration du délai de dix mois, paraît cependant ne pas avoir été regardé comme nul, malgré la peine de l'infamie légale qui venait alors frapper les époux. L. 1, Dig., *De his qui not. inf.*

Digitized by Google

pour contracter mariage. Le pouvoir paternel finissant à 20 ans pour les hommes, jusqu'à cet âge seulement le fils, pour se marier, avait besoin du consentement de son père. Quant à la fille, elle ne pouvait jamais, par sa seule volonté, s'engager dans les liens du mariage.

Les empêchements résultant de la parenté étaient peu nombreux d'après les lois de Solon. Chez les anciens Grecs, ils étaient, ce semble, plus multipliés; car la légende du meurtre des fils d'Egyptus par les Danaïdes [1] atteste que les mariages entre cousins germains avaient été d'abord regardés comme incestueux. Ces sortes d'unions furent aussi primitivement interdites à Rome [2]. Dans une civilisation naissante, les liens de la famille étant extrêmement forts, la même intimité qui se rencontre, par la nature des choses, entre les frères et les sœurs existe alors entre leurs enfants élevés habituellement ensemble dans la même maison. De là, la nécessité d'interdire des mariages dont l'espoir pourrait amener la corruption au foyer domestique. Peut-être ce point de vue, indépendamment du besoin de frapper fortement l'imagination grossière des hommes de cette époque, pourrait-il servir à expliquer la sévérité extrême de l'Église, au moyen âge, par rapport au mariage des cousins.

Conformément au sentiment le plus universel et le plus énergique de la nature, les lois de Solon interdisaient absolument le mariage entre les ascendants et les descendants, et les alliés dans la même ligne. Mais, dans la ligne collatérale, les prohibitions établies par ces lois étaient infiniment restreintes. Le mariage était défendu entre frères et sœurs germains, et, dans ce degré de parenté, des relations

[1] Eschyle, *Les suppliantes*.
[2] Plutarque, *Demandes des choses romaines*.

Digitized by Google

coupables entre les parents emportaient le même déshonneur qu'elles entraîneraient chez les modernes [1]. Le mariage était encore interdit relativement aux frères et sœurs de mère seulement, mais il était permis à l'égard des frères et sœurs consanguins. On a peine à s'expliquer cette différence contraire à la raison sacrée de moralité qui, chez toutes les nations civilisées, a fait interdire absolument le mariage des frères et sœurs. Elle reposait, au dire de Plutarque, sur un motif d'économie sociale. Le législateur considérait seulement comme défendu par le droit naturel le mariage entre frères et sœurs nés d'un même père et d'une même mère. Quant aux consanguins et aux utérins, le lien du sang étant moins fort, la défense de s'allier entre eux lui paraissait venir seulement du droit civil. Dès lors, s'il interdisait le mariage entre les utérins, ce n'était pas précisément à cause de la parenté, c'était pour empêcher qu'une fille, unique à l'égard de son propre père, épousant son frère né d'un autre père, deux successions se trouvassent réunies sur les mêmes têtes. Ce danger n'était pas à craindre dans les mariages de frères et sœurs consanguins, puisque les femmes, dans le droit attique, n'héritaient jamais qu'à défaut d'enfants mâles.

Aucune autre prohibition n'existait dans la ligne collatérale. L'oncle pouvait épouser sa nièce; cette union était même commandée dans certaines circonstances déterminées par la loi. L'alliance n'était pas non plus un obstacle à la validité du mariage entre beaux-frères et belles-sœurs. Enfin le mariage était permis entre les enfants adoptifs d'un même individu.

L'impuissance naturelle du mari ne semble pas avoir été une cause de nullité du mariage, comme cela a lieu dans le

[1] Aristophane, *Nuées*, p. 190. Euripide, *Andromaque*, p. 401.

Digitized by Google

droit canonique et la plupart des législations modernes. La femme, sans doute, alors pouvait demander le divorce. Si elle ne le faisait pas, on peut voir dans Plutarque le privilége immoral que lui accordait Solon, lorsqu'étant fille unique, elle avait recueilli la succession de son père. La femme qui voulait se remarier après la dissolution d'un premier mariage n'était tenue d'observer aucun délai légal. Une union précipitée de sa part, bien qu'elle parût réprouvée par la décence, n'avait pas pour effet d'annuler le mariage et n'exposait d'ailleurs les nouveaux époux à aucune peine [1].

Les empêchements provenant du droit civil étaient beaucoup plus sévères. La faculté de contracter mariage était toujours regardée, dans l'antiquité, comme une concession formelle des lois particulières de chaque peuple; et, par suite, on ne reconnaissait d'union légitime qu'entre les personnes qui jouissaient l'une et l'autre de la qualité de citoyen. De là, l'impossibilité radicale d'un mariage véritable entre deux esclaves ou même entre un esclave et une personne libre. Les unions serviles, chez les Athéniens aussi bien qu'à Rome, n'étaient qu'un rapprochement passager incapable de créer des droits permanents; les enfants qui en provenaient étaient attribués, à titre d'accession, au maître de la femme esclave. Tous les peuples qui ont voulu maintenir l'esclavage ont dû interdire aux esclaves le mariage civil, de peur que les liens de la famille, en faisant naître pour ces malheureux des intérêts distincts de ceux du maître, ne nuisissent à la prospérité de la maison de celui-ci [2]. De nos jours, où des lois plus humaines autorisent et encouragent le mariage des esclaves dans nos colonies, on sait quels obstacles cette institution sainte trouve à s'y propager.

[1] Démosthène, c. Onetor, p. 472.
[2] Aristote, *Politique*, liv. I, ch. III.

Digitized by Google

Chez les modernes, grâce au christianisme et aux idées de fraternité universelle qu'il a répandues dans le monde, une législation qui défendrait le mariage entre les nationaux et les étrangers semblerait arriérée et barbare. Il en était différemment autrefois. Au milieu des guerres incessantes qui agitaient les républiques de la Grèce, on eût craint que le citoyen, allié par sa femme à une cité étrangère, n'apportât pas à défendre sa patrie un dévouement aussi complet. On eût regardé, en outre, comme nuisible aux intérêts de l'État de permettre à des étrangères de faire concurrence aux filles des citoyens [1], au risque de préjudicier à leur établissement bien plus important encore, pour la dignité de la femme, dans les idées des anciens que dans les nôtres. La même interdiction, on le sait, existait aussi chez les Romains; seulement, ils accordaient assez fréquemment aux peuples voisins le droit de s'allier avec eux, tandis qu'à Athènes, ces sortes de permissions n'étaient jamais données d'une manière générale. Le peuple pouvait toutefois accorder des autorisations individuelles dans des cas favorables [2].

Cette prohibition était sanctionnée par des peines très-graves. L'étranger qui avait épousé une Athénienne, l'étrangère qui s'était mariée à un citoyen, étaient frappés d'esclavage au profit de la république, comme usurpateurs des droits de cité [3]. Si quelqu'un eût marié une étrangère à un Athénien comme étant sa fille, il eût encouru la dégradation civique et la confiscation de tous ses biens. Quant au citoyen qui avait pris pour femme une étrangère, il devait payer une amende de 1000 drachmes. Dans tous ces cas,

[1] Démosthène, c. Néera, p. 445.
[2] Aristote, *Politique*, liv. v, ch. vii.
[3] Démosthène, c. Néera, p. 436.

Digitized by Google

pour empêcher le crime de rester impuni, l'action destinée à le poursuivre était publique et des récompenses étaient accordées au dénonciateur [1]. Une constitution de l'empereur Valentinien, insérée au Code Théodosien (L. III, tit. 14), punit de mort le mariage d'un Romain avec une femme barbare. Mais ce fut là une loi de circonstance; le droit romain, plus indulgent que celui d'Athènes, se contentait ordinairement d'annuler le mariage entre nationaux et étrangers, sans prononcer contre les contrevenants de peines déterminées.

Le sacerdoce, on le sait, dans toute l'antiquité, n'était pas une cause d'empêchement de mariage. Cependant, à Athènes, le mariage était interdit à quelques prêtresses; l'archonte roi, en outre, devait avoir épousé une femme vierge, à cause des sacrifices secrets et augustes dont celle-ci était chargée, comme ayant hérité de la qualité de prêtresse suprême qui appartenait à l'épouse des anciens rois [2].

§ III. — Des obligations au mariage.

Les lois des peuples anciens respectaient infiniment moins que les nôtres la liberté des individus. La vie entière du citoyen paraissait appartenir à sa patrie; chez nous, au contraire, elle reste, en partie du moins, la propriété inviolable de chacun. Aussi les mœurs modernes ont-elles toujours repoussé les peines que l'on a tenté, à diverses reprises, d'introduire contre le célibat volontaire.

Dans les législations de l'antiquité, ces peines formaient le droit commun. On attachait une importance extrême à

[1] Malgré ces peines sévères établies par les lois de Solon, la défense d'épouser une étrangère tomba plusieurs fois en désuétude et eut besoin d'être renouvelée. Plutarque, *Vie de Périclès*; § 57. Démosthène, c. Eubulide, p. 428.

[2] Démosthène, c. Néera, p. 441.

Digitized by Google

ce que la population libre, décimée par des guerres continuelles, ne fût pas diminuée encore par l'égoïsme des citoyens qui auraient voulu se soustraire aux devoirs du mariage et de la paternité. L'on avait senti, d'ailleurs, combien l'amour de la famille et le soin de son avenir sont des mobiles puissants pour retenir l'homme qui serait tenté de former des complots dans le but de troubler l'État. Enfin ces lois impératives étaient d'autant plus nécessaires que l'esprit général de l'antiquité paraît avoir été de considérer le mariage comme un état plus honorable que gai. Euripide, lorsqu'il déplore avec tant d'amertume le malheur de l'homme de ne pouvoir perpétuer sa race sans le secours des femmes [1], semble reproduire, jusqu'à un certain point, les idées de son époque. On retrouve, au reste, la même manière d'envisager le mariage et les mêmes regrets dans le discours du censeur Métellus au peuple romain que nous a conservé Aulu-Gelle [2].

Tant que la magistrature des censeurs resta en vigueur, ce furent eux qui, à Rome, furent chargés de faire exécuter les lois qui commandaient le mariage. *Cœlibes esse prohibento*. Telle est une des attributions que Cicéron leur confie dans son *Traité des lois*, qui, pour la partie pratique, n'est guère qu'une reproduction exacte de la constitution romaine. Ils avaient le droit de faire descendre dans une classe inférieure ou même de frapper d'ignominie le citoyen qui, par une coupable négligence, se serait refusé à donner à l'État de nouveaux défenseurs. Après l'abolition de la cen-

[1] *Hippolyte*, p. 305.

[2] *Nuits attiques*, liv. I, ch. VI. Voici le début de ce discours : « Si sine uxore, Quirites, possemus esse, omnes ea molestia careremus. Sed quoniam ita natura tradidit, ut nec cum illis satis commode, nec sine illis ullo modo vivi possit, saluti perpetuæ potius quam brevi voluptati consulendum. »

Digitized by Google

sure, les lois *Julia* et *Pappia* vinrent combler le vide que sa disparition avait laissé à cet égard. Ces lois furent un véritable Code matrimonial au point de vue correctif. On sait la défaveur dont elles entouraient le célibat et les récompenses multipliées qu'elles accordaient au citoyen père de plusieurs enfants.

Tous les peuples de la Grèce avaient adopté des dispositions semblables. A Sparte, les célibataires étaient privés des honneurs nombreux que les lois de Lycurgue accordaient à la vieillesse. Si l'on en croit Plutarque [1], ils étaient, de plus, assujettis à une peine bizarre qui consistait, à certain jour de l'année, à courir nus sur la place publique au milieu des risées des citoyens. La législation de Solon, moins contraire à la nature, avait su éviter une exagération aussi déplacée; mais elle n'en prononçait pas moins contre le célibat une peine sévère dans une démocratie où l'influence oratoire paraissait le premier des biens. Pour être admis à haranguer le peuple il fallait avoir des enfants [2]. L'amour paternel, à défaut d'autres motifs, devait engager l'orateur à donner de sages conseils à sa patrie, puisque, s'il était condamné pour avoir soutenu une motion nuisible, il ne pouvait éviter la confiscation de ses biens. Par la même raison, le général appelé à commander les armées devait également être père de famille. Comme on le voit, en exigeant cette qualité dans ces deux circonstances, la loi ne punissait pas seulement le célibat; elle obligeait encore au divorce l'homme ambitieux dont la femme eût été stérile.

[1] *Vie de Lycurgue*, § 32.

[2] Cette disposition était-elle encore en vigueur au temps de Démosthène? Il est permis d'en douter, quand on voit les plaintes des orateurs contre le désordre qui s'était introduit, à cette époque, dans les assemblées du peuple. Eschine, c. Timarque, p. 253.

Digitized by Google

C'est une conséquence du principe que nous avons signalé en commençant comme dominant la constitution de la famille à Athènes, la sainteté du mariage sacrifiée à ce que l'on jugeait être l'avantage de l'État.

Indépendamment de la règle générale qui prescrivait le mariage aux citoyens, certaines unions étaient commandées par la loi dans des circonstances données. Lorsqu'un Athénien venait à mourir sans laisser de fils, la fille héritière de ses biens devait épouser son plus proche parent par les mâles, dès là qu'il s'en rencontrait dans les trois premiers degrés de la ligne collatérale[1]. L'oncle l'emportait sur le cousin germain, et celui-ci, à son tour, sur le cousin issu de germain. Un mariage antérieur de leur part n'apportait, du reste, aucun obstacle à l'exercice de leur privilége; il se dissolvait facilement à l'aide du divorce. Si chacun d'eux négligeait d'user de son droit, la fille, en supposant qu'elle fût pauvre, avait action contre son parent le plus rapproché pour le contraindre à lui fournir une dot dont le taux était fixé à l'avance, selon le degré de richesse de celui qui la devait. Quand il existait plusieurs filles héritières, le choix entre elles appartenait au parent le plus proche; puis il passait successivement aux plus éloignés, ainsi que l'obligation de fournir une dot, si le mariage n'avait pas lieu ou qu'il fût rompu par le divorce. Entre parents également rapprochés, la préférence était donnée au plus âgé, ce qui fait voir clairement combien on tenait peu compte des affections de la femme dans cette alliance imposée par la loi. Si pourtant le parent le plus proche eût été parvenu à l'extrême vieillesse,

[1] Cette partie importante du droit attique est traitée avec une grande supériorité par M. Giraud, dans son beau travail sur le droit de succession chez les Athéniens (*Revue de législation*, t. XVI, p. 97).

Digitized by Google

ses droits et ses obligations passaient à un autre parent plus jeune et plus apte dès lors aux fins du mariage [1].

Ce droit sur la main de la fille héritière était tellement énergique, qu'il ne s'arrêtait pas devant un mariage déjà contracté par celle-ci, l'eût-il été du vivant de son père et du consentement de ce dernier, à moins qu'il n'eût pris la précaution d'adopter son gendre pour fils, par un acte entre-vifs ou testamentaire [2]. Si la fille, sans épouser son plus proche parent, s'était pourtant mariée, par le choix de son père, à l'un des agnats des trois premiers degrés, le mariage n'était pas rompu malgré elle; mais, quand elle ne voulait pas quitter son époux, elle devait abandonner au parent le plus proche la moitié de tous ses biens.

Ces prescriptions si rigoureuses et si éloignées de nos mœurs avaient pour but de maintenir la splendeur des familles, en empêchant que la fille ne portât la fortune paternelle dans une maison étrangère. Malgré leur gouvernement démocratique, les lois des Athéniens, comme celles de tous les peuples primitifs, avaient conservé quelque chose du régime patriarcal, qui fut partout le début de l'humanité. La conservation des familles occupait, dans leurs idées, une importance bien autrement grande que dans les nôtres. Elle paraissait intéresser essentiellement la prospérité de l'État, par l'ordre qu'elle maintenait dans la distribution des citoyens. Chaque famille, d'ailleurs, avait ses dieux domestiques, et l'extinction de leur culte eût paru d'un funeste augure pour le salut de la patrie.

Bien que cette supposition ne repose pas sur des preuves positives, je serais porté à penser que le droit pour les filles de recueillir, à défaut de fils, la succession de leur père était

[1] Térence, *Phormion*, acte II, scène 2.
[2] Isée, *Succession de Pyrrhus*, p. 275.

Digitized by Google

un adoucissement à une législation plus ancienne beaucoup plus dure encore, qui, même en ce cas, appelait, à leur préjudice, leur agnat le plus proche. Quand la règle contraire vint à prévaloir, l'on voulut rendre à ce dernier, d'une manière détournée, l'héritage qui lui échappait. L'on crut pouvoir concilier, par ce moyen, l'intérêt de la famille avec celui de la femme. Celle-ci, du reste, n'était pas appropriée d'une manière définitive et absolue des biens laissés par son père. Si elle donnait le jour à plusieurs fils, l'un deux, lorsqu'il était parvenu à l'âge de 16 ans, devait être déclaré fils adoptif de son grand-père, et investi, par suite, de la succession possédée par sa mère [1]. Quand les parents, comme cela devait arriver souvent, négligeaient de faire opérer par la phratrie cette adoption posthume, l'archonte éponyme était chargé par les lois de veiller lui-même à ce soin [2]. Dans le cas où la fille héritière n'avait qu'un seul fils, si d'ailleurs son mari n'avait pas non plus d'enfants mâles provenus d'une autre union, je crois qu'elle gardait les biens de son père. L'adoption du fils, vis-à-vis de l'aïeul maternel, eût été superflue, puisqu'on n'eût pu faire refleurir la race de ce dernier, sans éteindre, par cela même, celle du père de l'enfant.

La jeune fille qui n'avait pas la qualité d'héritière n'était pas soumise à cette nécessité souvent si dure d'épouser ainsi forcément son parent le plus proche, mais son mariage n'était pas pour cela le fruit de sa volonté. Les femmes, à Athènes, ne devaient jamais choisir elles-mêmes leur époux, toujours il leur était désigné par le tuteur que la loi leur donnait. Le père choisissait le mari de sa fille, sans que celle-ci eût aucun moyen de se refuser à contracter une alliance qui lui eût été odieuse. Après la mort du père, il

[1] Isée, *Succession de Pyrrhus*, p. 277.
[2] Id., *Succession d'Apollodore*, p. 361.

Digitized by Google

en était de même des frères vis-à-vis de leur sœur. S'il n'existait plus ni père ni frères, la femme, en supposant qu'elle ne fût pas héritière, était, dans cette hypothèse encore, mariée par son tuteur; mais l'archonte devait intervenir pour qu'on ne tentât pas de lui imposer un époux indigne d'elle.

Le mari, quand il mourait le premier, avait le droit de disposer, par testament, de la main de sa veuve, et la désignation qu'il avait faite à cet égard semble avoir été obligatoire pour elle [1]. Il ne possédait pas, il est vrai, un pouvoir semblable, lorsque le mariage venait à se dissoudre par le divorce; mais les mœurs l'autorisaient à chercher lui-même pour sa femme un second époux, quand il la renvoyait pour épouser une héritière sur laquelle il acquérait des droits [2]. Le père pouvait aussi léguer sa fille par testament, si celle-ci, lors de son décès, n'avait pas encore atteint l'âge exigé pour le mariage.

Une dernière circonstance dans laquelle le mariage était commandé par la loi était celle où une jeune Athénienne eût été séduite par un citoyen. On obligeait ce dernier à réparer sa faute, en épousant celle qu'il avait outragée [3].

§ 4. — Des devoirs des époux.

Il est de l'essence du mariage de produire entre les époux des obligations morales que la loi vient sanctionner au moins en partie. D'un autre côté, il a pour effet nécessaire de placer la femme dans la dépendance et sous l'autorité de son

[1] Démosthène, c. Aphobos, p. 450; p. Phormion, p. 499.

[2] Démosthène, c. Eubulide, p. 429.

[3] Térence, les *Adelphes*, acte III, scène V. Térence, imitant toujours Ménandre et dans le choix de ses sujets et dans le lieu où il place la scène, nous fournit des renseignements précieux sur les mœurs et les lois d'Athènes.

Digitized by Google

mari. Sans doute, cette dépendance est plus ou moins rigoureuse, selon l'état des mœurs et le degré de civilisation. Illimité d'habitude chez un peuple encore primitif, le pouvoir marital s'adoucit graduellement à mesure que le progrès social se fait sentir. La législation romaine nous offre une application frappante de ce principe, et il serait facile de trouver quelque chose d'analogue dans celle des autres nations. La femme, en effet, tant qu'elle reste soumise à la *manus*, ne diffère guère d'une esclave. Le mari possède un droit sans bornes sur ses biens, sur sa personne, sur sa vie même. C'est à peine si les mœurs tempèrent un peu cette autorité terrible, en exigeant, pour que la femme soit mise à mort, la convocation d'un tribunal domestique composé des proches parents de l'époux offensé. Du reste, en supposant qu'elle soit injustement maltraitée, elle n'a aucun moyen de se venger, puisque le droit de demander le divorce est, à cette époque, un privilége réservé exclusivement au mari. Plus tard, quand le contact de la Grèce eut tempéré l'antique sévérité romaine, la *manus* cessa d'être en usage; la femme, malgré son mariage, continua de s'appartenir à elle-même, mais alors on tomba dans un autre excès. Trop absolu d'abord, le pouvoir marital devint presque nul; l'indépendance de la femme n'eut presque plus de limites, et la simple manifestation de sa volonté devint désormais suffisante pour amener le divorce, même en l'absence de tout motif sérieux.

La loi athénienne, il faut l'avouer, avait mieux compris les rapports harmoniques que la nature des choses établit entre les époux. La femme ne tombait pas dans un demi-esclavage, comme sous le régime de la *manus;* mais aussi elle ne possédait pas une liberté aussi complète que celle dont elle jouissait à Rome dans les mariages libres. Elle entrait

Digitized by Google

dans la famille de son mari, sans cesser pour cela de tenir à la sienne propre; elle conservait la propriété de ses biens dont le mari acquérait la jouissance et l'administration. Celui-ci avait autorité sur sa personne, mais il devait remplir à son égard certains devoirs que les lois de Solon déterminaient avec une naïveté éloignée de nos mœurs [1]. Elle avait le droit, enfin, de demander le divorce si le mari abusait de son pouvoir. On avait eu soin pourtant d'entourer cette demande d'obstacles et de la soumettre à l'autorité du magistrat.

La femme devait habiter avec son mari et le suivre partout, pourvu qu'il ne tentât pas de l'emmener sur une terre étrangère. Du reste, les lois ne s'en étaient pas rapportées exclusivement à l'autorité des maris pour maintenir les femmes dans le devoir et le respect des usages établis. Il existait des magistrats appelés *gynécomes*, chargés de surveiller leur conduite, de réprimer leur luxe, et aussi d'exiger d'elles, quand elles paraissaient en public, cette propreté décente si bien compatible avec la grâce modeste qui fait le charme de leur sexe.

La violation de la foi conjugale de la part de l'épouse était punie d'une manière sévère. Le mari n'était pas le maître de pardonner. S'il eût négligé de répudier sa femme coupable d'adultère, il eût encouru la dégradation civique, comme ayant sacrifié à une passion inconsidérée la sainteté du foyer domestique [2]. L'action destinée à faire appliquer cette peine était publique, ce qui introduisait dans la législation d'Athènes un principe directement contraire à celui que consacre l'art. 336 de notre Code pénal. Quand le mari surprenait sa femme au milieu de son crime, il avait le droit de la

[1] Plutarque, *Vie de Solon*, § 26.
[2] Démosthène, c. Néera, p. 443.

Digitized by Google

tuer, elle et son complice. La loi, dans ce cas, n'excusait pas seulement l'emportement de la colère; elle permettait l'homicide commis de propos délibéré, en présence d'amis du mari amenés exprès par lui pour être les témoins de son outrage et de sa vengeance [1]. Il pouvait également retenir chez lui le coupable en captivité jusqu'à ce qu'il eût payé une rançon. La femme adultère était déclarée infâme; il lui était défendu de se montrer en public et d'entrer dans les temples. Si elle enfreignait cette défense, chaque citoyen était autorisé à la frapper, pourvu qu'il n'employât pas d'armes et qu'il ne la blessât pas, d'ailleurs, d'une manière grave. Le même droit eût appartenu au mari offensé contre le complice relâché par lui, sous la promesse d'une rançon qu'il eût ensuite négligé d'acquitter [2].

L'adultère du mari, chez un peuple aussi corrompu que les Athéniens, ne pouvait être ni rare ni odieux. Il n'était puni d'aucune peine, à moins qu'il ne dégénérât en insulte pour la femme, grâce à la présence de circonstances particulières. Celle-ci, alors, pouvait recourir au divorce. En supposant qu'elle répugnât à employer ce moyen, son père et ses frères avaient le droit de faire prononcer une amende contre le mari.

§ 5. — De la dot.

Solon, au dire de Plutarque, avait défendu que la femme, en se mariant, apportât à son mari autre chose que trois robes et quelques meubles de peu de valeur. Cette prohibition était fréquente dans les législations des cités grecques.

[1] Lysias, sur le meurtre d'Ératosthène. Solon, auteur de cette loi, n'avait prononcé contre le viol qu'une peine pécuniaire, regardant cet attentat, tout odieux qu'il est, comme moins dangereux pour la société que la séduction

[2] Démosthène, c. Néera, p. 441; Eschine, c. Timarque, p. 267.

Digitized by Google

Elle existait à Lacédémone, et Platon n'a garde de l'omettre dans la république idéale et aristocratique qu'il veut fonder dans son *Dialogue des lois*[1]. L'absence des dots avait un double motif. Elle maintenait la splendeur des familles, en prévenant la diminution de la fortune du père ; elle devait, en outre, diminuer le faste des femmes naturellement portées à l'ostentation, on le croyait du moins, quand elles apportent leur contingent dans le patrimoine commun. Mais la défense de Solon n'avait pas été de longue durée; un usage contraire avait prévalu de bonne heure, et la dot était devenue, comme à Rome, la marque distinctive qui séparait l'épouse légitime de la concubine[2].

La dot était destinée à remplacer, pour la femme, la part dans la succession paternelle que son sexe l'empêchait de recueillir. Elle était constituée par le père, et, après sa mort, par les frères. Nous manquons de données bien positives sur le chiffre habituel de la dot, proportionnellement à la fortune totale sur laquelle elle était prise. Démosthène, père du grand orateur, laissant un fils et une fille, avait attribué, par testament, à cette dernière, une dot de deux talents, et sa succession entière s'élevait environ à quatorze[3]. Quand la dot devait être fournie par les frères, il paraît qu'ils pouvaient être contraints par l'archonte d'en donner une convenable. Ce pouvoir existait-il aussi vis-à-vis du père? C'est un point que nous n'avons pu suffisamment éclaircir,

[1] Le droit d'aînesse, inconnu dans le droit positif d'Athènes, apparaît dans les lois de Platon. Pour ne pas déranger l'équilibre établi entre les fortunes, l'aîné des fils succède seul à son père; les autres enfants doivent entrer, par adoption, dans les familles privées d'héritiers, ou aller au loin fonder des colonies. *Lois*, traduction de Cousin, liv. v, p. 285.

[2] Isée, *Succession de Pyrrhus*, p. 256; *Succession de Ciron*, p. 372.

[3] Démosthène, c. Aphobos, p. 450.

Digitized by Google

et sur lequel la négative nous paraîtrait probable. Si le père et les frères étaient pauvres, la dot était souvent fournie, à titre de libéralité, par un parent éloigné. Il était même assez fréquent de voir un citoyen riche doter à ses frais des filles pauvres étrangères à sa famille, afin de se concilier par cette action la faveur populaire. Quand la fille, à défaut de frères, avait hérité de son père, il est inutile de dire qu'elle ne recevait pas de dot, la succession paternelle lui en tenait lieu.

Dès le temps d'Homère, les femmes recevaient des dots. Pénélope, en quittant la maison d'Ulysse, pour épouser malgré elle un des prétendants, devra emporter sa dot que lui rendra Télémaque son fils [1]. Il est probable cependant qu'à cette époque reculée, l'usage des dots n'était ni général, ni ancien. Aussi, dans le même poëme, trouve-t-on des exemples de femmes que l'on achète à leur père (ch. VIII, v. 319), ou qui se vendent elles-mêmes à ceux qui leur font les plus riches cadeaux (ch. XVIII, v. 274). Au début de la civilisation, quand les mœurs ont conservé leur rudesse première, la femme ne reçoit pas de dot; loin de là, le mari doit payer pour l'obtenir ; il lui faut acheter son épouse du père ou des frères qui l'ont en leur puissance. Plus tard, lorsque les habitudes et les idées tendent à s'adoucir, la femme est encore achetée, mais son prix ne profite pas à ses proches ; il lui est remis à elle-même, et la dot commence ainsi à s'introduire. C'est l'état des Germains décrit par Tacite [2]. Sans doute, cette coutume a pris sa source dans l'abandon fait par le père à sa fille de la somme payée par le gendre. Enfin quand la civilisation s'est développée,

[1] *Odyssée*, ch. II, v. 133.

[2] *De mor. Germ.*, § 18. Aristote dit, en termes formels, que les Grecs anciennement trafiquaient de leurs femmes. *Politique*, liv. II, ch. VI.

Digitized by Google

lorsque la femme a cessé d'être l'esclave de l'homme, on veut qu'elle contribue pour sa part aux charges du ménage, on veut qu'au moyen de la dot elle puisse posséder, dans la famille, l'indépendance et la dignité qui lui manqueraient sans elle.

La constitution de la dot, à Athènes, devait précéder le mariage. Elle avait lieu par un acte rédigé par écrit et passé en présence de témoins pris habituellement parmi les parents des deux époux [1]. Cet acte pouvait contenir des clauses éventuelles analogues à celles que renferment nos contrats de mariage. Ainsi, il était permis de stipuler qu'en cas de naissance d'enfants, la dot serait doublée [2]. La dot consistait le plus souvent en argent; l'on rencontre, cependant, quelquefois des exemples de dots constituées en maisons et en terres. Le constituant remettait ordinairement au futur mari sur-le-champ la somme d'argent promise. Si elle n'eût été payée que plus tard, il eût fallu un nouvel acte passé dans les mêmes formes pour constater le payement, et les intérêts eussent couru de plein droit, à dater du mariage. L'intérêt légal, à Athènes, était d'un pour cent par mois, comme cela paraît avoir existé chez les autres peuples antiques.

L'administration de la dot appartenait sans restriction au mari. Il figurait seul devant les tribunaux dans les actions de toute nature qui concernaient la fortune de sa femme [3]. Il avait également le droit d'aliéner les objets mobiliers faisant partie de la dot ; cependant ses créanciers personnels n'auraient pu faire porter une saisie sur ces mêmes objets [4]. S'il

[1] Isée, *Succession de Pyrrhus*, p. 265.
[2] Plutarque, *Vie d'Alcibiade*, § 9.
[3] Démosthène, c. Spudias, p. 536.
[4] *Id.*, c. Evergos et Mnésibule, p. 6[illegible].

Digitized by Google

s'agissait de vendre les immeubles de la femme, la volonté du mari n'était plus suffisante, mais il ne semble pas que la femme ait été consultée alors. Les idées de décence particulières aux Grecs ne lui eussent pas permis, sans manquer à la retenue de son sexe, de figurer avec des hommes dans des contrats. On suppléait à son consentement par l'autorisation de l'archonte éponyme, protecteur légal des femmes et des pupilles.

Lorsque le mariage venait à se dissoudre par le divorce ou par la mort du mari, la restitution de la dot devait être faite immédiatement à la femme, dans la personne du tuteur, sous l'autorité duquel elle retombait. Si les héritiers du mari ou le mari lui-même tardaient à rendre la dot, ils devaient les intérêts légaux, ou même une pension alimentaire destinée à l'entretien de la femme, à laquelle l'option appartenait dans ce cas[1]. Enfin, si la veuve se trouvait enceinte au décès du mari, elle avait le droit de continuer d'habiter le domicile conjugal.

Pour assurer la restitution de la dot, la femme avait une hypothèque légale sur tous les biens meubles et immeubles qui appartenaient au mari. Cette hypothèque, comme cela a lieu dans notre droit, prenait rang à dater du mariage. Il résultait de là qu'elle primait les créanciers postérieurs, mais qu'elle devait céder le pas à ceux qui justifiaient d'une hypothèque constituée antérieurement[2]. La loi, en accordant à la femme le droit de préférence, ne lui concédait le droit de suite que moyennant l'accomplissement de certaines formalités qu'il lui fallait remplir. Elle n'eût pu faire saisir les biens de son mari dans les mains

[1] Démosthène, c. Néera, p. 439.
[2] *Id.*, c. Onetor, p. 470.

Digitized by Google

des tiers, si elle n'eût pris le soin de manifester son hypothèque avant l'appropriation définitive de ceux-ci. Pour cela, quand il s'agissait d'objets mobiliers, elle devait former opposition, par un acte écrit, contre les créanciers qui opéraient une saisie, ou contre les acquéreurs qui voulaient enlever ces objets. Relativement aux immeubles du mari, la femme avait un moyen d'opposition plus simple et plus facile, et qui se rattachait, d'ailleurs, au droit général des Athéniens sur le régime hypothécaire. Les conventions d'hypothèque, pour produire effet à l'égard des tiers, n'étaient pas astreintes à la publicité. Dès qu'elles étaient suffisamment prouvées, elles remontaient au jour de leur date constatée par un acte écrit demeuré secret, ou même par la déclaration de témoins. C'était seulement lorsque des acquéreurs ou des créanciers plus récents tentaient de s'emparer de l'immeuble, que le porteur de l'hypothèque devait produire son titre au grand jour. Le moyen usité pour atteindre ce but était d'apposer sur le bien en litige des poteaux en bois contenant une inscription qui faisait connaître le droit réclamé.

Si la femme mourait la première, le mari devait toujours rendre la dot ; car le droit de succession entre les époux n'existait pas à Athènes. La fréquence des divorces avait fait admettre cette règle, que le Code civil peut-être n'a pas modifiée assez radicalement. La dot appartenait aux héritiers de la femme, à moins que celui qui l'avait donnée n'en eût stipulé la répétition à son profit. L'hypothèque légale attribuée à la femme pour le recouvrement de sa dot paraît lui avoir été personnelle. Je ne pense pas qu'après son décès ses héritiers aient pu l'exercer, sans une clause expresse des conventions matrimoniales. Les règles admises pour la succession aux biens d'une femme

Digitized by Google

étaient les mêmes que celles qui concernaient les autres héritages; la dot de l'épouse décédée était dévolue à ses fils, de préférence à ses filles; à ses frères, à l'exclusion de ses sœurs [1].

§ 6. — Du divorce.

L'idée de l'indissolubilité absolue du mariage est trop élevée et trop sainte pour qu'elle ait pu être mise en pratique chez les anciens, avec leurs mœurs dissolues et leur religion sensuelle. La législation de tous les petits États de la Grèce admettait le divorce avec une grande facilité. Il semblerait pourtant que, dans les temps primitifs, cette institution était peu connue. En lisant attentivement les poëmes d'Homère, je n'y ai point trouvé d'exemples de divorce; la persistance de Ménélas à réclamer Hélène, sa mansuétude envers elle après la prise de Troie, paraissent attester que le mariage était regardé, à cette époque, comme beaucoup plus difficile à rompre qu'il ne le fut plus tard.

Le divorce, à Athènes, s'opérait de plusieurs manières différentes. La loi elle-même, nous l'avons vu déjà, le commandait dans certains cas, notamment à l'égard de la fille héritière. Le père d'une femme mariée pouvait aussi quelquefois obliger sa fille de se séparer du mari qu'il lui avait donné, pour en prendre un second; mais l'emploi de ce droit exorbitant devait reposer sur des motifs graves, tels que la nécessité de prévenir l'extinction de la famille. Les frères, devenus tuteurs de leur sœur après la mort du père, avaient reçu de la loi un semblable pouvoir [2].

Le divorce par consentement mutuel n'était soumis à aucunes conditions de nature à le rendre plus difficile, et à in-

[1] Démosthène, c. Béotos, p. 541.

[2] Démosthène, c. Spudias, p. 535. Isée, *Succession de Ciron*, p. 384.

Digitized by Google

viter les époux à réfléchir sur la gravité de leur détermination. La seule formalité qu'ils avaient à remplir était de se présenter devant l'archonte, et de lui faire connaître leur volonté; encore cette déclaration, quoique admise par l'usage, n'eût pas été nécessaire, si le fait de leur séparation n'eût présenté aucune équivoque. Mais aussi, nonobstant une déclaration de ce genre, le mariage continuait d'exister aux yeux de la loi, quand les époux persistaient à vivre ensemble [1].

Le mari avait toujours le droit de répudier sa femme, sans être tenu d'alléguer aucuns motifs. La coutume, alors, ne l'obligeait pas à faire enregistrer le divorce par l'archonte; le renvoi de la maison conjugale paraissait suffisant pour donner à cet acte la publicité convenable. La grossesse de la femme n'eût pas été un obstacle à la répudiation; mais le mari, dans ce cas, outre la restitution de la dot, eût dû payer une pension alimentaire jusqu'à la délivrance. Ajoutons qu'il gardait la dot dans quelques circonstances où le divorce était envisagé comme une punition pour la femme. L'épouse adultère perdait la sienne; il en était de même de l'étrangère qui avait épousé un Athénien, en se faisant passer pour citoyenne [2].

La femme avait également la faculté de demander le divorce, ce qui attestait une civilisation avancée, puisque, chez les peuples encore barbares, la répudiation de la part du mari est seule autorisée. La loi cependant, moins indulgente pour la femme que pour le mari, ne lui permettait pas d'avoir recours au divorce sans motifs sérieux. Il fallait des offenses graves commises envers l'épouse, et l'archonte, auquel sa demande était présentée, devait statuer sur elle en

[1] Démosthène, c. Onetor, p. 471.
[2] Démosthène, c. Néera, p. 439.

Digitized by Google

connaissance de cause. On exigeait que la femme demanderesse comparût en personne au tribunal de l'archonte; la nécessité d'une démarche aussi éclatante et aussi opposée à la modestie de son sexe, avait paru de nature à rendre plus rare cette espèce de divorce.

Quelle que fût la manière dont le divorce était intervenu, les enfants nés du mariage devaient toujours être remis au mari. Autoriser le magistrat, comme le faisait le Code civil, à les confier à la mère, eût paru attentatoire à la majesté paternelle; d'ailleurs les femmes, à Athènes, étaient absolument incapables d'exercer une tutelle.

§ 7. — Du concubinat.

Les lois d'Athènes, aussi bien que celles de Rome, admettaient une sorte de mariage inférieur, séparé du mariage véritable par l'intention des conjoints et surtout par l'absence de dignité de la femme. Cette union se formait et se rompait au gré des contractants, sans aucunes cérémonies civiles ou religieuses. Quelquefois la femme apportait une dot pour subvenir aux besoins du ménage, comme dans le mariage légitime; quelquefois aussi, bien qu'elle n'en apportât en réalité aucune, elle s'en faisait reconnaître une, afin que la nécessité pour son conjoint de la rendre prévînt, dans l'avenir, une répudiation qu'elle redoutait[1]. La défense d'épouser une étrangère n'existait pas pour une simple concubine[2].

CHAPITRE II. — DE L'ADOPTION.

L'adoption est une de ces institutions que l'on retrouve chez presque tous les peuples, parce qu'elles ont leur racine

[1] Isée, *Succession de Pyrrhus*, p. 266.
[2] Démosthène, c. Néera, p. 446.

Digitized by Google

dans les instincts sociaux de l'homme et dans les besoins de son âme. Si quelquefois la législation l'interdit, elle reparaît encore d'une manière indirecte. C'est ainsi que chez nous, avant 1789, quand la loi civile repoussait l'adoption, la loi politique se montrait moins sévère, puisque souvent les ordonnances de nos rois transmirent les titres et les armes d'une famille illustre sur le point de s'éteindre, à un gendre ou à un parent par les femmes, qui, naturellement, n'y avait aucun droit.

§ 1. — Conditions de l'adoption.

L'adoption doit suppléer la paternité véritable; trop prodiguée, d'ailleurs, elle pourrait détourner les citoyens du mariage. Il est naturel, dès lors, de permettre d'adopter à celui-là seulement qui n'a pas d'enfants légitimes et qui est parvenu à un âge avancé. Telles sont les dispositions de notre Code et des autres législations de l'Europe moderne, relativement aux conditions de l'adoption; telles étaient aussi les prescriptions de la loi athénienne.

A Rome, il est vrai, l'on se montrait plus facile quand il s'agissait de l'adoption d'un fils de famille : il suffisait alors que l'adoptant précédât l'adopté de la pleine puberté. Mais, pour l'adrogation, il fallait régulièrement que l'adrogeant eût atteint l'âge de cinquante ans et fût privé de postérité. Cette règle enfin semble avoir été commune à toutes les adoptions, quand le droit pontifical régissait seul la matière, avant l'introduction des ventes fictives *per æs et libram*. « Quod est, pontifices, dit Cicéron [1], jus adoptionis ? Nempe ut is adoptet qui neque procreare jam liberos possit, et, quum potuerit, sit expertus. »

L'intention d'adopter pouvait être manifestée, à Athènes,

[1] *Pro domo sua*, § 34.

Digitized by Google

soit par disposition testamentaire, soit par acte entre-vifs. Dans le premier cas, la validité de l'adoption était subordonnée au point de savoir si le testateur viendrait à décéder sans laisser de fils; dans le second, on exigeait, outre l'absence d'enfants, des conditions d'âge de la part de l'adoptant, mais je n'ai pu découvrir quel était l'âge requis. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'une fois l'adoption légalement consommée, la survenance d'enfants légitimes ne l'annulait pas; l'adopté devait partager avec ceux-ci la succession paternelle [1]. L'existence d'une ou de plusieurs filles ne privait pas un citoyen de la faculté d'adopter, mais il fallait nécessairement qu'il en usât au profit de ses gendres.

Sauf cette circonstance particulière, il n'était permis d'adopter qu'un seul fils. L'adopté pouvait être majeur ou mineur. S'il était majeur, il devait consentir lui-même à l'adoption; s'il ne l'était pas, la volonté de son père suffisait. Les femmes ne pouvaient ni adopter, ni être données en adoption. Cet acte, dans les idées des Athéniens, avait toujours pour but essentiel de perpétuer les familles, et, comme le dit énergiquement la loi romaine : *mulier familiæ suæ est et caput et finis.* Il est inutile de dire que l'adoption d'un étranger eût été entièrement nulle; mais il n'était pas interdit d'adopter un bâtard né de père et de mère citoyens, bien qu'il fût naturellement privé lui-même de cette qualité si précieuse [2].

Pour qu'un individu pût être adopté, le droit attique exigeait encore une autre condition éloignée de nos mœurs, mais conforme à l'esprit des législations antiques, bien plus favorables que les nôtres à la conservation des familles. Il fallait que l'adopté, en sortant de la maison de ses pères

[1] Isée, *Succession de Philoctémon*, p. 346.

[2] Démosthène, c. Béotos, p. 541. Isée, *Succession de Nicostrate*, p. 286.

Digitized by Google

pour entrer dans celle de l'adoptant, y laissât d'autres parents qui pussent la perpétuer et maintenir le culte de ses dieux domestiques. Autrement l'archonte éponyme eût dû faire casser l'adoption, lui qui devait prévenir, avec un soin religieux, cette extinction des familles regardée comme funeste. L'ancien droit des pontifes, chez les Romains, contenait, du reste, une exigence semblable : « Quæ deinde causa cuique sit adoptionis, quæ ratio *generum* ac dignitatis, quæ *sacrorum*, quæri a pontificum collegio solet[1]. »

§ 2. — Formes de l'adoption.

La volonté de l'adoptant ne suffisait jamais, par elle seule, pour opérer l'adoption. Cette volonté, nous venons de le dire, était souvent exprimée dans un testament; il paraît même que l'on confondait habituellement, dans la pratique, le legs universel et l'adoption testamentaire, bien qu'il fût permis pourtant de faire un legs de cette nature à une personne qui n'eût pu être adoptée, par exemple, à une femme. Ce qui constituait véritablement l'adoption, c'était l'introduction solennelle de l'adopté dans la phratrie de l'adoptant, sur la demande de ce dernier, et son incorporation au nombre des membres de la corporation. Chaque citoyen d'Athènes devait faire partie, à la fois, d'une tribu, d'un dème et d'une phratrie; les phratries, semblables aux curies des Romains, renfermaient un certain nombre de familles liées entre elles par des sacrifices communs. C'était spécialement à ces associations que l'on avait remis le soin de constater les adoptions, qu'elles devaient refuser d'admettre quand elles ne réunissaient pas les conditions voulues par la loi.

[1] Cicéron, c. Béotos, p. 541. Isée, *Succession de Nicostrate*, p. 286.

Digitized by Google

Leur décision, cependant, n'était pas irrévocable. L'adoption pouvait toujours être contestée ultérieurement, sous prétexte d'illégalité, par ceux qui étaient intéressés à la repousser.

Si l'adopté n'appartenait pas au même dême et à la même tribu que l'adoptant, il devait être introduit également dans chacune de ces corporations ; je ne crois pas, cependant, que cette formalité fût essentielle à la validité de l'adoption; elle supposait, du moins, celle-ci consommée et pouvait s'opérer après la mort de l'adoptant[1]. Du reste, dans certaines circonstances, on pouvait donner un fils adoptif à un citoyen décédé, bien qu'avant de mourir il n'en eût désigné aucun. Cette adoption posthume, commandée pour le petit-fils né d'une fille héritière, était permise, pour un neveu, quand une sœur avait recueilli la succession de son frère[2]. Ses effets étaient tellement absolus, que l'adopté alors exerçait rétroactivement les droits qui lui auraient appartenu, s'il eût hérité directement du défunt[3].

§ 3. — Effets de l'adoption.

L'adoption, d'après le Code civil, en introduisant, à certains égards, l'adopté dans une famille nouvelle, ne détruit pas les liens qui l'attachaient à son ancienne famille. Mais ce système est trop complexe pour que l'on puisse s'attendre à le trouver en vigueur dans une législation encore primitive, comme l'était celle d'Athènes. Dans le droit attique, aussi bien que chez les Romains, avant les innova-

[1] Isée, *Succession d'Apollodore*, p. 360.

[2] Id., *Succession d'Hagnias*, p. 442.

[3] Démosthène, c. Macartatos. Dans ce plaidoyer, un petit-fils maternel adopté de la sorte revendique, du chef de son grand-père, une succession dont sa mère avait été dépossédée par un premier jugement.

Digitized by Google

tions de Justinien reproduites par nos lois, l'effet nécessaire de l'adoption était d'opérer dans la filiation civile de l'adopté un changement complet. Il cessait d'appartenir à ses parents naturels, pour se rattacher exclusivement désormais à ceux que l'adoption lui avait donnés. Ainsi, il n'héritait plus dans sa famille originaire [1]; l'autorité paternelle, s'il était mineur, était enlevée à son père véritable; mais aussi, ce n'était pas seulement à l'égard de l'adoptant qu'il acquérait des droits de succession, il héritait des parents de ce dernier, tout comme s'il fût né d'un mariage légitime. L'adoption pourtant, remarquons-le, en donnant un autre père à celui qui en était l'objet, ne lui enlevait pas sa mère, car celle-ci ne tenait à la famille de son mari, à ses enfants eux-mêmes, que par un lien naturel [2]. L'adopté, dès lors, continuait d'être habile à recueillir les successions qui lui venaient de ce côté. Enfin, il ne cessait pas d'être tenu juridiquement vis-à-vis de son père à l'accomplissement de certains devoirs exigés par la nature, tels que l'obligation de lui fournir des aliments et de lui rendre les honneurs funèbres.

Il existait une différence importante entre le fils adoptif et un enfant véritable, quant à la manière de revendiquer la succession paternelle; mais cette différence semble avoir été tout entière à l'avantage de l'adopté. Le fils légitime, à Athènes, était constitué par la loi héritier nécessaire de son père, et les dettes de ce dernier pesaient forcément sur lui; la contrainte par corps elle-même, si la nature de la dette le comportait, venait corroborer cette obligation rigoureuse. Pour l'adoptif, il n'en était pas ainsi : tenu d'obtenir

[1] Démosthène, c. Léocharès, p. 531. Isée, *Succession d'Astyphile.*
[2] Isée, *Succession d'Apollodore*, p. 359.

Digitized by Google

l'envoi en possession, comme l'eût été un parent collatéral, il n'était pas saisi de plein droit; et, par suite, les charges de la succession ne pouvaient l'atteindre, s'il omettait de la revendiquer[1]. Du reste, cette nécessité pour le fils d'acquitter, quoi qu'il en eût, toutes les dettes de son père, devenait souvent la cause déterminante d'une adoption, seul moyen qui lui fût ouvert d'échapper, en changeant de famille, au danger dont il était menacé[2]. Peut-être alors, vu la faveur de la cause, n'eût-on pas exigé toutes les conditions requises d'ordinaire pour qu'une adoption pût avoir lieu.

L'adopté pouvait demander à retourner dans sa famille primitive, dès là qu'il laissait, dans celle où il était entré, un fils destiné à perpétuer la race de l'adoptant. Ce retour, assez fréquent à ce qu'il paraît, s'opérait avec les formes d'une adoption nouvelle, c'est-à-dire par le consentement de la phratrie où l'on revenait. La révocation de l'adoption, dans ce cas, n'avait pas d'effet rétroactif, et, par suite, il arrivait quelquefois que l'adopté, après avoir recueilli la succession de son père adoptif, était appelé plus tard à la succession de son père véritable[3]. Une autre cause de révocation de l'adoption eût été le divorce de la fille héritière avec son mari adopté par le beau-père; l'adoption s'anéantissait alors, avec la cause qui l'avait amenée[4].

L'adopté, quand il mourait sans enfants, ne pouvait transmettre à un tiers, soit par un testament, soit par une autre adoption, les biens qu'il avait pris dans sa famille adop-

[1] Isée, *Succession de Pyrrhus*, p. 273.
[2] Id., *Succession d'Aristarque*, p. 415.
[3] Démosthène, c. Phœnippe, p. 616.
[4] Démosthène, c. Spudias, p. 536.

Digitized by Google

tive. Ces biens faisaient forcément retour aux membres de celle-c .

CHAPITRE III. — DES PREUVES DE LA FILIATION.

Chez tous les peuples parvenus à un degré avancé de civilisation, les lois se sont attachées à trouver des moyens par lesquels on pût constater, d'une manière authentique, l'état qui appartient à chaque individu dans la famille et dans la société. Tels étaient, à Rome, les rôles tenus par les censeurs; tels sont aujourd'hui, parmi nous, les registres de l'état civil. Les modes de constatation de l'état des personnes devaient prendre, aux yeux des anciens, une importance extrême, à raison des droits politiques nécessairement attachés à la qualité de citoyen et des exclusions sévères qui frappaient l'homme ou la femme dont l'origine nationale n'était pas bien prouvée.

Pour parvenir à fixer ainsi avec certitude l'état civil de chacun, il est indispensable de distribuer les habitants d'un même pays en un certain nombre d'agrégations distinctes. De nos jours, ces agrégations ont leur principe dans le domicile; chez les anciens, au contraire, elles reposaient sur l'origine. Une division qui paraît se retrouver constamment dans l'antiquité est celle des tribus. Comme le régime patriarcal avait précédé partout la fondation des États proprement dits, la distinction des tribus rappelait la fusion des races diverses qui étaient venues se réunir autour d'un même centre. Athènes n'avait eu d'abord que quatre tribus; mais Clisthène en établit dix, après l'expulsion des fils de Pisistrate. La distribution des citoyens dans les tribus était un élément puissant d'organisation politique et adminis-

[1] Démosthène, c. Léocharès, p. 531.

Digitized by Google

trative. Elle servait de base pour la fixation et la répartition des charges publiques. Les magistratures de l'État étant habituellement gérées par un collége composé de dix individus, chacune des tribus fournissait un membre choisi par la voie du sort, selon l'usage démocratique en vigueur à Athènes.

Les tribus se divisaient en dêmes ou bourgs, et ceux-ci, à leur tour, en phratries ou curies. L'une et l'autre de ces corporations possédaient des registres destinés à contenir les noms de tous ceux qui en faisaient partie. Les assemblées des dêmes étaient investies d'une juridiction de première instance très-importante, relativement à l'état des personnes. Elles se réunissaient fréquemment pour opérer la révision des titres de leurs membres. Le citoyen qu'elles avaient exclu comme étranger ou comme bâtard pouvait porter appel devant les tribunaux ; mais les conséquences de cet appel n'étaient pas sans danger ; s'il succombait une seconde fois, il était frappé d'esclavage au profit de la république dont il avait violé la souveraineté, en usurpant les droits de la cité athénienne.

Les phratries ne semblent pas avoir exercé de juridiction contentieuse proprement dite, mais elles étaient spécialement chargées de constater les naissances et les adoptions ; et leurs réunions, par suite, remplissaient un rôle analogue, à beaucoup d'égards, à celui qu'occupent nos maires comme officiers de l'état civil. Chaque Athénien, du reste, faisait forcément partie de la phratrie et du dême auxquels avaient appartenu ses ancêtres. Eût-il adopté un domicile éloigné, la petitesse de l'État permettait de conserver la trace de son origine primitive.

Les citoyens de chaque phratrie s'assemblaient à certaines époques de l'année pour opérer l'inscripton des enfants nouvellement nés. Le père devait affirmer avec serment, sur les

Digitized by Google

entrailles des victimes, que l'enfant qu'il présentait était réellement le fruit d'une union légitime contractée par lui avec une femme d'Athènes [1]. Indépendamment de cette présentation solennelle, consacrant officiellement l'état civil de l'enfant, il était d'usage que, le dixième jour de sa naissance, il reçût de son père le nom qu'il devait porter, au milieu d'un festin célébré en signe de joie. Ce nom, le plus souvent, n'était pas arbitraire, il était emprunté aux ancêtres de l'enfant. Comme il n'existait pas de noms de famille, on y suppléait, en ajoutant toujours dans les actes, au nom d'un citoyen, celui qui avait appartenu à son père, et la désignation du dême dont il faisait partie.

L'admission dans les phratries était commune aux enfants des deux sexes ; mais, pour les garçons, elle était suivie d'une autre présentation au dême paternel [2]. Attendait-on, pour cela, que le fils fût parvenu à l'adolescence, ou, au contraire, l'introduisait-on dans le dême dès son enfance ? C'est un point que nous n'avons pu suffisamment éclaircir ; cependant la première supposition nous semblerait probable. A dix-huit ans, le jeune Athénien entrait dans la classe des éphèbes, et, jusqu'à vingt ans, il était astreint à une sorte de noviciat politique et militaire. Enfin, parvenu à sa vingtième année, il était investi pleinement de tous les droits de citoyen, et appelé à prendre part aux expéditions lointaines. L'un et l'autre de ces changements d'état était précédé d'une épreuve civique subie devant l'assemblée de la tribu qui devait compter au nombre de ses membres le nouveau citoyen. En recevant les armes qu'il devait consacrer à défendre sa patrie, le jeune homme prêtait un ser-

[1] Isée, *Succession d'Apollodore*, p. 355.
[2] Démosthène, c. Béotos, p. 562.

Digitized by Google

ment solennel dont la grave et noble beauté m'a paru digne de trouver place ici [1].

« Je ne déshonorerai pas mes armes ; je n'abandonnerai pas le compagnon dont je partagerai le poste. Soit seul, soit en troupe, je défendrai les objets sacrés et civils. Je ne laisserai pas à mes enfants la patrie moins florissante que je ne l'aurai reçue ; j'ajouterai, au contraire, à sa prospérité. Je me soumettrai aux jugements des tribunaux. J'obéirai aux lois en vigueur, aux lois que le peuple établira à l'avenir. Si un citoyen tente de les abolir ou refuse de s'y soumettre, je ne le souffrirai pas. Seul, ou avec tous les autres, je défendrai la religion transmise par nos pères. Je prends les dieux à témoin de ce serment. »

Quelque multipliés que fussent ces modes divers pour connaître avec certitude la filiation de chaque individu, ils n'atteignaient pourtant que bien imparfaitement le but qu'ils s'étaient proposé. L'esprit général de la législation d'Athènes était de regarder, en toutes choses, les formes comme accessoires, et d'en revenir constamment aux preuves testimoniales et aux présomptions. Malgré l'admission de la phratrie et du dême, suivie d'une possession conforme, l'état d'un citoyen pouvait toujours être remis en question par ceux qui y avaient intérêt. On avait eu le tort également de ne fixer aucun délai obligatoire pour la présentation de l'enfant. Souvent il était introduit dans la phratrie longtemps après sa naissance, par la connivence coupable de cette association, encore qu'il ne fût pas sorti d'un mariage légitime [2]. Ses parents, d'ailleurs, eussent-ils gardé un silence complet, la corporation eût-elle refusé de

[1] La formule de ce serment, conservée par Stobée, est rapportée dans Auger, *Discours de Lycurgue c. Léocrate*, p. 44.

[2] Démosthène, c. Béotos, p. 541. Isée, *Succession de Philoctémon*, p. 332.

Digitized by Google

l'admettre, il était à même, à toutes les époques de sa vie, de réclamer ses droits. Aussi, dans les questions d'état et dans les procès relatifs aux successions, les registres des démes et des phratries n'obtenaient-ils aux yeux des juges qu'une importance médiocre. Les déclarations de témoins et les présomptions, tels sont constamment les moyens de preuve employés dans les plaidoyers de Démosthène et d'Isée sur des contestations de ce genre. Il n'est pas besoin de faire remarquer quelle source féconde de chicanes et de procès devait sortir de là, chez un peuple aussi passionné que celui d'Athènes pour les débats judiciaires, aussi peu scrupuleux sur la sainteté des serments.

Une autre imperfection des registres de l'état civil, tels qu'on les concevait à Athènes, c'est qu'ils ne contenaient aucune mention des mariages et des décès[1]. L'on croyait pouvoir s'en fier, à cet égard, à la notoriété publique et aux cérémonies religieuses qui accompagnaient d'ordinaire le mariage ou les funérailles. Quant aux divorces, ils pouvaient également résulter du seul fait de la séparation des époux ; quelquefois aussi, nous l'avons vu, ils étaient enregistrés au tribunal de l'archonte éponyme.

CHAPITRE IV. — DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Une pensée aristocratique, le désir de la conservation des familles, a constamment dominé, jusqu'ici, la partie de la législation athénienne qui fait l'objet de nos recherches. La constitution du pouvoir paternel, dont nous devons nous occuper actuellement, repose sur un principe opposé. Le peu

[1] Il est probable cependant que l'on effaçait les noms des citoyens décédés, lors de la révision périodique des listes des phratries. Platon fait de ce soin une loi formelle. *Lois*, liv. VI, p. 579.

Digitized by Google

d'étendue de ce pouvoir et sa durée limitée attestent l'influence de la démocratie. C'est, en effet, une observation incontestable et qui n'avait pas échappé à la pénétration d'Aristote[1], que l'autorité exercée par le père dans l'intérieur de la famille se modèle toujours sur celle départie aux corps politiques qui gouvernent l'Etat. Les idées d'indépendance et de nivellement que la démocratie amène avec elle ne sauraient tolérer l'existence d'une magistrature domestique forte et bien constituée.

Le degré avancé de civilisation où était parvenue Athènes à son époque classique explique aussi les bornes apportées par elle au pouvoir paternel. Gaius dit quelque part dans ses Commentaires[2] que nul autre peuple, autant que le peuple romain, n'avait soumis les enfants à la puissance de leur père. Cette assertion est vraie en partie. Nulle part, en effet, l'on ne voit, comme à Rome, l'autorité du chef de famille s'étendre souveraine et absolue sur tous ses descendants sans distinction de degré; partout ailleurs, au contraire, quand le fils devient lui-même chef de famille, il est affranchi du pouvoir paternel, appelé qu'il est par la nature à exercer à son tour ce pouvoir sur ses propres enfants. Mais, si nous envisageons l'intensité de la puissance accordée au père, il en est différemment. Chez tous les peuples primitifs, tant que l'enfant n'a pas quitté la maison paternelle pour fonder un établissement, il est placé d'une manière illimitée sous la domination de l'auteur de ses jours. Le gouvernement général de l'État ne vient en rien tempérer celle-ci; le père est investi du droit de vie et de mort. La *Genèse* nous révèle l'existence de ce droit au temps des patriarches; Homère

[1] *Politique*, liv. VI, ch. IV.
[2] *Comm.* I, § 55.

Digitized by Google

nous indique quelque chose de semblable chez les anciens Grecs; César, chez les Gaulois [1]. Cet état de choses ne tient pas seulement à la rudesse des mœurs, à la violence des passions que la civilisation n'est pas venue adoucir; il a surtout pour cause la nécessité de suppléer à la faiblesse du pouvoir social encore naissant, en établissant, dans chaque famille, une discipline uniforme et sévère.

§ 1. — Pouvoirs du père sur la personne de l'enfant.

Le pouvoir paternel, dans les premiers temps de la cité d'Athènes, eut vraisemblement une extension aussi grande. Selon le droit des peuples héroïques, il ne cessait alors que par le mariage du fils et son établissement séparé, car l'idée de la majorité, déterminée d'une manière absolue à un âge fixe, a quelque chose de trop artificiel pour avoir pu être appliquée à cette époque. Le père, dans ce temps, pouvait vendre ses enfants comme esclaves pour subvenir au payement de ses dettes. Les créanciers avaient sur la famille du débiteur un gage tacite, et il leur était permis, en cas de non-payement, de réduire en esclavage le père et les fils [2].

Sans doute cette faculté pour le père de vendre ses enfants avait pour conséquence, en sa faveur, le droit de vie et de mort, puisque, dans l'antiquité, on mettait toujours sur la même ligne la mort naturelle et la mort civile résultant de l'esclavage. Quoi qu'il en soit, les lois de Solon et le progrès des idées ramenèrent l'autorité paternelle à des limites plus restreintes. Le fils cessa de répondre sur sa personne des dettes de son père, au moins pendant la vie de ce dernier; le père ne put dorénavant, quelle que fût sa faute, lui infliger,

[1] *Genes.*, XXXVIII, 24. *Odyss.*, ch. IX, v. 115. Cæs., *De bello gall.*, VI, 19.
[2] Plutarque, *Vie de Solon*, § 16.

Digitized by Google

de sa propre volonté, qu'un châtiment léger. Si le fils eût commis un crime grave nécessitant une peine plus sévère, il eût dû le dénoncer aux magistrats chargés de faire appliquer les lois. Dans une circonstance, cependant, le père continua de rester armé d'une puissance absolue destinée à venger son honneur outragé. S'il eût surpris sa fille dans les transports d'une passion coupable, il eût eu, aussi bien que le mari dans un cas semblable, le droit de lui donner la mort [1].

Le père avait également la faculté légale d'exposer son enfant nouveau-né pour se dispenser de l'élever. Celui qui recueillait l'enfant acquérait droit à ses services, en récompense des soins et des aliments qu'il lui avait fournis. Mais les malheurs de son enfance ne pouvaient faire perdre à l'enfant le privilége inaliénable de la liberté; en prouvant sa qualité d'ingénu, il pouvait, à toutes les époques de sa vie, sortir de l'état de dépendance où il se trouvait, pourvu qu'il remboursât les dépenses dont il avait été la cause. Cette exposition des enfants nouveau-nés était extrêmement fréquente chez tous les peuples anciens. Pour faire cesser cette coutume barbare, ou, du moins, pour en restreindre notablement l'emploi, il a fallu la mansuétude introduite dans les mœurs par le christianisme, aux yeux duquel l'enfant sans défense est un être sacré [2]. A Athènes, au moins, les sentiments de la nature n'étaient pas foulés aux pieds comme à Sparte. Les parents étaient toujours les maîtres d'élever leurs enfants, tandis que, chez les Spartiates, on le sait, l'en-

[1] Eschine, c. Timarque, p. 267.

[2] Tandis que les législations modernes punissent l'avortement comme une espèce particulière de meurtre, Aristote le conseille hautement dans certains cas donnés, pour prévenir un accroissement excessif de population. *Politique*, liv. VIII, ch. III.

Digitized by Google

fant, après sa naissance, était présenté à un conseil de vieillards qui décidaient souverainement de sa vie. Si sa constitution semblait trop faible pour donner à l'État un défenseur capable d'affronter les périls de la guerre, il était précipité dans un gouffre, institution inhumaine et que Platon, cependant, n'hésite pas à s'approprier, dans ses plans chimériques d'un état social fondé sur la vertu [1].

§ 2. — De l'éducation chez les Athéniens.

La même différence de point de vue se rencontrait dans les deux républiques, en ce qui concernait l'éducation à donner à l'enfant. Celui-ci, chez les Spartiates, était réputé appartenir à l'État bien plus qu'à ses parents; aussi son père n'avait-il aucun droit de veiller à son éducation. Ce soin était remis aux magistrats; les vieillards, en outre, étaient investis à cet égard d'une sorte de magistrature, puisqu'il leur était toujours permis de châtier l'enfant d'un autre, quand ils le trouvaient en faute. L'éducation, d'ailleurs, était toute guerrière et en harmonie parfaite avec la rudesse des mœurs. Les jeunes filles elles-mêmes étaient astreintes à des exercices gymnastiques destinés à développer chez elles les forces du corps avec l'énergie de l'âme. On peut voir, sur ce point, dans la *Vie de Lycurgue* par Plutarque, de singuliers détails que nous soupçonnons fort d'exagération, tant ils choquent les instincts les plus saints et les plus universels de la pudeur [2].

Bien qu'il existât à Athènes des écoles publiques affectées aux enfants de chaque tribu et des magistrats chargés spécialement de surveiller l'éducation des jeunes citoyens, le

[1] *République*, liv. v, p. 275.
[2] *Vie de Lycurgue*, § 31.

Digitized by Google

père avait la faculté de diriger celle-ci comme il le jugeait convenable. Platon qui, dans ses théories politiques, donne une si large part à l'influence de l'éducation, se plaint avec amertume de l'usage existant de son temps de confier à des esclaves les fonctions de précepteur, mission tellement élevée à ses yeux qu'elle eût dû être réservée pour les citoyens les plus distingués entre tous par leurs lumières et par leurs vertus.

Le système d'éducation reçu chez les Athéniens n'offrait, du reste, aucune similitude avec celui usité de nos jours. L'enseignement des belles-lettres n'y jouait qu'un rôle très-secondaire, parmi ce peuple doué pourtant d'un goût littéraire si exquis. La musique et la gymnastique, les exercices du chœur et de la palestre étaient tout pour ainsi dire, et, quand Socrate voulut y ajouter la politique et la dialectique, cette innovation opposée aux anciennes mœurs fut aussi impopulaire que suspecte [1]. L'étude régulière de l'art oratoire ne s'introduisit que très-tard, et lorsque Athènes était entrée déjà dans sa période de décadence. La musique, que l'on confondait jusqu'à un certain point avec la poésie, semblait, grâce au génie enthousiaste des Grecs, posséder une importance sociale que nous avons peine à comprendre. Platon ne craint pas d'affirmer, à plusieurs reprises, qu'un changement dans les lois de la musique ne peut manquer d'amener un changement semblable dans la constitution de l'État. Prenant, nous le croyons, l'effet pour la cause, il attribue la décadence d'Athènes, l'oubli du patriotisme, les progrès de l'égoïsme et de la mollesse, à l'introduction du mode volup-

[1] Aristophane, *Nuées*, p. 174. Rien ne fait mieux connaître les mœurs athéniennes que le curieux dialogue entre *le juste* et *l'injuste* personnifiés tous les deux, que contient cette pièce.

Digitized by Google

tueux de l'Ionie, substitué au mode dorien plus grave et plus sévère [1].

§ 3. — Pouvoir du père sur les biens de l'enfant.

La famille, à Athènes, n'ayant pas cette unité rigoureuse qui la caractérisait dans le droit romain, le fils pouvait posséder, à titre de propriétaire, des biens distincts de ceux de son père. Telle était l'hypothèse où il aurait recueilli la succession de sa mère, à laquelle il était appelé de préférence à tout autre, bien qu'en général les parents maternels ne vinssent qu'en second ordre et à défaut seulement de parents paternels. Jusqu'à la majorité du fils, le père avait la jouissance et l'administration de ces mêmes biens; les actions qui les concernaient étaient intentées en son nom, mais il n'eût pas eu le droit d'aliéner les immeubles sans l'intervention protectrice de l'archonte éponyme. Il pouvait seulement disposer des meubles et des esclaves, à charge d'en restituer ultérieurement le prix.

Le père gardait les revenus de l'enfant, en récompense des soins qu'il lui avait donnés [2]. Il devait rendre, il est vrai, les capitaux; mais il n'existait pas, à cet effet, d'hypothèque légale sur ses biens, comme cela avait lieu pour le tuteur; la loi athénienne, admettant la distinction rationnelle de notre législation, ne croyait pas devoir employer cette garantie contre l'exercice de l'autorité paternelle.

Un autre droit attribué au père sur les biens du fils était celui de recueillir sa succession, s'il venait à mourir le premier, sans laisser lui-même de postérité. Les frères du défunt ne venaient, en effet, qu'après le père. Du père à

[1] *République*, liv. IV, p. 202.
[2] Isée, *Succession d'Hagnias*, p. 431.

Digitized by Google

l'enfant, l'acceptation de la succession n'était pas nécessaire, comme cela avait lieu pour le fils vis-à-vis de son père. Une obligation aussi onéreuse eût été contraire à la nature des choses, et attentatoire au respect dû à la qualité de père.

§ 4. — Des droits du père à l'effet de disposer de ses biens par testament.

C'était, chez les Romains, une conséquence de la grande extension du pouvoir paternel que le droit attribué au père de distribuer ses biens comme il le jugeait convenable. *Pater familias uti legassit ita jus esto*, telle était la règle consacrée par la loi des Douze Tables. Longtemps elle fut appliquée dans toute sa dureté. Le fils, écarté de la succession de son père, n'avait aucun moyen de revenir contre une exclusion injuste. Plus tard, il est vrai, cette faculté lui fut donnée par l'introduction du vice de prétérition et de la querelle d'inofficiosité; mais ces remèdes, qui détruisirent l'ancienne loi, en affectant de la respecter, furent une concession tardive aux idées d'équité, et un premier pas vers l'abrogation des antiques rigueurs de la puissance paternelle.

Il en fut toujours autrement à Athènes. Le droit de testament, à ce qu'il paraît, n'existait pas avant Solon. On eût craint, sans doute, que son exercice ne nuisît à la conservation des familles, dont les lois mettaient tant d'importance à assurer la splendeur. Peut-être aussi ce pouvoir donné à l'homme de disposer de sa fortune pour une époque où il ne vit plus, eût-il semblé trop subtil aux esprits encore grossiers de ces temps reculés. Solon, en établissant la démocratie, permit les testaments, mais il n'en accorda l'usage qu'aux citoyens privés d'enfants mâles. Ceux qui n'a-

Digitized by Google

vaient que des filles durent léguer celles-ci en même temps que leurs biens; en d'autres termes, le père, dans ce cas, ne pouvait tester que sous la condition d'instituer héritier son gendre [1]. Mais, dans l'application de ces règles, le droit attique, conformément à son génie peu formaliste, s'écartait des principes sévères reçus chez les Romains pour des hypothèses analogues. Le testament du père était valable, bien qu'il eût des fils lors de sa rédaction, si ceux-ci venaient à décéder avant lui, ou même dans le cas où ils lui auraient survécu, s'ils mouraient avant leur majorité [2].

Le père recouvrait encore le pouvoir de faire un testament, si le fils s'était rendu coupable d'outrages envers lui, et s'était par là montré indigne de la faveur que la loi lui accordait. Cependant, et cela témoigne quelles restrictions étaient apportées, à Athènes, à l'exercice du pouvoir paternel, l'exhérédation, bien qu'elle fût méritée, ne pouvait être prononcée par le père lui-même. Il fallait qu'elle fût ordonnée par le magistrat, sur la demande du père offensé, préalablement à la confection du testament [3]. L'archonte était investi de cette mission; mais sa décision, nous le croyons du moins, pouvait être attaquée devant les tribunaux par la voie de l'appel.

Cette interdiction du droit de tester, pour les citoyens ayant des fils, s'entendait toutefois en ce sens seulement, qu'il leur était défendu de faire, au profit d'un étranger, ni legs, ni institution d'héritier. On leur laissait la faculté de disposer par testament de la tutelle de leurs enfants mineurs, et celle de léguer une dot à leurs filles ou même un douaire

[1] Isée, *Succession de Pyrrhus*, p. 267.
[2] Démosthène, c. Stéphanos, p. 602.
[3] Démosthène, c. Béotos, p. 565.

Digitized by Google

à leurs veuves[1]. Le taux de ces libéralités pouvait, à ce qu'il paraît, s'élever assez haut. Nous n'avons vu nulle part d'exemples de partage testamentaire fait par un père entre ses enfants, bien qu'il fût assez commun que le père laissât, en mourant, un inventaire de ses biens[2]. Il semble, dès lors, que le partage ne devait jamais avoir lieu sans l'intervention des copartageants. Bien que le droit de primogéniture ait été en général inconnu dans l'antiquité, l'aîné pourtant jouissait à Athènes d'un léger privilége. Il pouvait exiger que la maison paternelle fût mise forcément dans son lot[3].

Les lois athéniennes ne permettant pas aux femmes de faire de testament, les biens appartenant à la mère passaient aussi nécessairement à ses enfants. Mais la prohibition pour le père de disposer par testament ne s'étendait pas aux donations entre-vifs[4]. Le droit romain, d'abord, n'appliquait pas non plus la plainte d'inofficiosité aux libéralités entre-vifs. Il y a, en effet, quelque chose de peu simple à faire rétroagir ainsi, avant le décès du père, le droit du fils sur sa succession.

C'est une règle commune à la législation de tous les peuples d'assujettir les testaments à des formalités beaucoup plus minutieuses que celles qui entourent les autres actes, et d'exiger également quelque chose de plus relativement à la capacité du testateur. L'importance d'un testament qui dispose habituellement d'une fortune entière, les captations qui viennent entourer si fréquemment l'homme opulent au déclin de la vie, justifient amplement la prévision des lois à

[1] Démosthène, c. Aphobos, p. 450.
[2] Démosthène, p. Phormion, p. 499.
[3] Démosthène, p. Phormion, p. 502.
[4] Démosthène, c. Stéphanos, p. 801.

Digitized by Google

cet égard. Le Code civil, on le sait, en établissant plusieurs espèces de testaments, prescrit, pour leur rédaction, des formes solennelles. D'un autre côté, par l'art. 901 il admet, contrairement au droit commun, tous les moyens de preuve tendant à établir que la raison du disposant était altérée.

Une loi de Solon, dont Démosthène nous a transmis le texte [1], ne permettait pas de tester à celui dont *l'intelligence était éteinte par la vieillesse, des sortilèges, ou les obsessions d'une femme.* Le testament obtenu par violence devait aussi être annulé. Solon, comme le remarque Plutarque, avait mis sur la même ligne la séduction et la violence, regardant avec justice la volupté et la douleur comme des moyens également capables de troubler la raison. Le testament était toujours rédigé par écrit, et son authenticité était attestée par des témoins. Quelquefois ils assistaient à sa rédaction; d'autres fois, le testateur, après avoir écrit secrètement ses dernières volontés, les présentait scellées aux témoins, et l'un d'eux en recevait le dépôt [2]. On appelait, à ce qu'il paraît, assez fréquemment, pour servir de témoin, un magistrat inférieur, nommé *astynome*, et remplissant des fonctions à peu près semblables à celles de nos commissaires de police; mais sa présence n'était pas essentielle [3]. La révocation pouvait avoir lieu, soit par un nouvel acte, soit même par des faits suffisants pour manifester évidemment une intention contraire. Le testament, du reste, eût été valable, quand même il n'eût renfermé que des legs particuliers. On ne connaissait pas, à Athènes, la règle subtile, reçue dans le droit romain, sur la nécessité indispensable d'une institution d'héritier [4].

[1] Démosthène, c. Stephanos, p. 601.
[2] Isée, *Succession de Nicostrate*, p. 287.
[3] Isée, *Succession de Cléonyme*, p. 244.
[4] Isée, *Succession de Dicéogène*, p. 300.

Digitized by Google

Quand l'authenticité du testament était méconnue, l'on s'attachait beaucoup moins au contexte de l'acte qu'aux dépositions des témoins et aux présomptions. La fréquence des faux avait fait naître cette règle reçue dans la pratique. L'on donnait aux preuves testimoniales une confiance si entière, que l'on n'exigeait pas absolument, comme cela a lieu chez nous, que l'original du testament fût produit en justice. Une simple copie, tirée en présence de témoins, eût pu en tenir lieu[1]. Il est facile de concevoir quelle multitude de procès devaient naître d'une législation aussi peu restrictive. Les contestations judiciaires relatives aux testaments étaient d'autant plus fréquentes, qu'un premier jugement terminait assez rarement le débat, à cause de la facilité qu'avaient les parties de s'inscrire en faux contre les témoins, et de remettre en question par là ce qui avait été décidé[2].

J. Cauvet.
Suppléant provisoire à la Faculté de Droit de Caen.

[1] Démosthène, c. Stéphanos, p. 593.
[2] Isée, *Succession de Dicéogène*, p. 304.

(*La fin au prochain numéro.*)

Digitized by Google

DROIT CRIMINEL.

DES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE L'ACTION PUBLIQUE.

Toute infraction qualifiée par la loi crime, délit ou contravention, fait naître deux actions: l'*action publique* et l'*action civile*.

Or, qu'est-ce que l'action publique ? qu'est-ce que l'action civile? quels sont les caractères intrinsèques et distincts de ces deux actions ? quelle est la source dont elles émanent ? quel est le but qu'elles se proposent ? Voilà les questions que nous voulons examiner.

L'histoire nous apprend que dans les âges héroïques de la Grèce et de Rome, de même que dans les mœurs barbares des peuplades germaniques, les actes de violence appelaient et justifiaient la vengeance des personnes offensées et de leurs familles : c'était par des guerres privées que s'expiaient les crimes. La plainte ou l'accusation, substituée à la force ouverte, fut le premier symptôme de la civilisation. La plainte, en effet, suppose la constitution de la cité, une autorité reconnue, un pouvoir réparateur. C'est la plainte qui a fait le juge. Les idées d'action et de justice sont corrélatives. C'est le fait qui vient se placer sous la protection du droit.

Il suit de cette première observation que l'action dut être dans les premiers temps exclusivement abandonnée aux personnes qui avaient été lésées. C'était, en effet, la conséquence du principe qui plaçait dans la vengeance la

Digitized by Google

source et la légitimité de la répression. La vengeance n'était légitime que lorsqu'elle suivait l'offense ; la poursuite, qui en était l'expression, ne pouvait donc résider que dans les mains des parties offensées. L'action privée a donc précédé l'action publique. Celle-ci, qui représente l'intérêt de la cité à côté de l'intérêt individuel, et qui place la solidarité de la société à côté des actions de chacun de ses membres, suppose un grand développement de l'état social. Elle devint assez promptement l'un des éléments de l'action privée, mais elle ne parvint que lentement et par degrés à s'en dégager. Elle a même conservé jusqu'à nos jours des traces vivaces de ce premier lien.

Nous allons rechercher quels furent, dans l'ancien droit, les caractères de ces deux actions. Notre Code s'est borné à reproduire sur ce point les principes qui l'avaient précédé ; il importe donc de les rappeler d'abord.

La législation attique est la première où nous trouvons les deux actions nettement posées l'une à côté de l'autre. Mais il est facile de reconnaître que l'action privée est le droit commun, la règle générale, et que l'accusation publique n'est qu'un moyen extraordinaire destiné, soit à suppléer ses négligences, soit à atteindre les attentats purement politiques [1].

Les parties lésées, en effet, avaient le droit de poursuivre en justice tous les délits, soit publics, soit privés, qui leur avaient causé quelque préjudice, soit à elles-mêmes, soit à leur famille. Si l'offensé avait perdu la vie, la loi désignait les personnes qui avaient le devoir de poursuivre [2]; s'il était dans un état d'incapacité, l'accusation était exercée par

[1] Voy. notre *Traité de l'instruct. crim.*, tome I, § 4, p. 21.
[2] Demosth., adv. Macart.

Digitized by Google

le tuteur ; et s'il était esclave, par le maître. Les parties étaient, en outre, investies du droit de transaction ; l'action étant principalement exercée dans leur intérêt, elles avaient le droit d'y renoncer [1]. Au cas de meurtre seulement, il fallait que la transaction eût l'assentiment des parents [2]. C'était là le mode ordinaire de procédure.

Mais, à côté de cette accusation privée, la loi avait placé l'accusation publique comme une gardienne vigilante des intérêts de l'État. Elle pouvait être exercée, 1° par tous les citoyens, sauf toutefois quelques restrictions [3]; 2° par les premiers magistrats de la république, qui dénonçaient les crimes au sénat ou à l'assemblée du peuple et provoquaient la désignation d'un citoyen pour soutenir l'accusation. Mais ce droit public d'accusation ne s'appliquait qu'à quelques crimes, à ceux qui intéressaient la chose publique, *de rebus civitatis*, ou à ceux qui par leur gravité prenaient rang parmi les délits publics, quoiqu'ils n'eussent lésé que des particuliers, *quasi res communis agatur* [4]. Cette accusation était une espèce de fonction publique; le citoyen qui l'exerçait ne pouvait transiger, il était soumis à des formalités onéreuses, et s'il succombait, à une grave responsabilité [5].

Ainsi les juges pouvaient être également saisis par l'accusation des parties lésées ou de tous autres citoyens. Mais il y avait cette différence, qu'il suffisait aux parties lésées d'alléguer le préjudice qu'elles avaient souffert pour que leur action fût reçue en toute espèce de crimes, tandis que

[1] Demosth, adv. Santœnetos.
[2] Eschin., adv. Timarch.
[3] Samuel Petit, *Comm. in leges atticas*, lib. VII.
[4] Sigonius, *De repub. Athen.*, lib. III, cap. 1, tit. 2.
[5] Voy. notre tom. Ier, § 4, p. 23.

Digitized by Google

les autres citoyens devaient justifier, 1° de la nature publique du crime ; 2° de leur aptitude à intenter l'action.

On retrouve à peu près les mêmes dispositions dans la législation romaine [1].

Cette législation distinguait, comme la loi athénienne, l'accusation populaire et l'accusation des parties lésées : la première était restreinte aux crimes poursuivis par jugements publics, *judiciis publicis;* l'autre enveloppait, au contraire, tous les crimes, quels qu'ils fussent, publics ou privés. Le droit des citoyens, en général, et celui des parties lésées différaient donc par leur étendue; ils différaient également par les conditions de leur exercice.

Le droit d'accusation publique n'était attribué qu'aux citoyens qui réunissaient certaines conditions d'idonéité. La loi répudiait, d'abord, l'intervention des condamnés, des personnes réputées infâmes, des faux témoins, de tous ceux qui étaient suspects de calomnie, ou qui, à prix d'argent, s'étaient désistés d'une précédente accusation [2]; elle écartait ensuite les magistrats [3], les femmes [4], les mineurs [5], les affranchis à l'égard de leurs patrons, tous les citoyens enfin qui ne justifiaient pas d'un certain cens, d'une certaine fortune [6]. Ainsi, les uns étaient repoussés pour cause d'indignité, les autres pour cause d'incapacité. Lorsqu'il s'agissait, au contraire, d'une partie lésée, aucune exception n'était opposée à l'accusation, toutes les incapacités s'effaçaient. Ainsi, les

[1] Voy. notre *Traité de l'instr. crim.*, tom. Ier, § 12, p. 58.

[2] Macer, l. 8 et 9 Dig., *De accusationibus.*

[3] *Ibid.* : Propter magistratum potestatemve.

[4] L. 3 C. Th., *De accusationibus ;* Pomponius, l. 2 Dig., eod. tit.

[5] Papinian., l. 2 Dig., *De accusat.*

[6] Nonnulli propter paupertatem, ut sunt qui minus quam quinquaginta aureos habent. L. 10 Dig., eod. tit.

Digitized by Google

femmes, les pupilles, les condamnés eux-mêmes, les faux témoins, tous ceux que leur infamie rejetait de l'accusation, reprenaient la capacité de l'exercer dès que leur intérêt se trouvait engagé dans la poursuite : *Hi omnes, si suam injuriam exequantur, mortemve propinquorum defendant, ab accusatione non excluduntur* [1]. La loi fait fléchir toutes ses défiances devant l'action privée. Cette action est en quelque sorte privilégiée ; aucune déchéance ne l'arrête, aucune indignité personnelle ne lui fait obstacle. Mais on doit ajouter que les mêmes priviléges entourèrent l'accusation publique lorsqu'elle s'appliqua, sous les empereurs, aux crimes de lèse-majesté [2]. Il semble que la loi ait voulu assimiler dans ce cas tous les accusateurs à des parties intéressées. Le droit d'accusation appartient alors, non pas seulement aux citoyens investis du droit d'accusation publique, mais à toutes personnes, même aux condamnés, même aux femmes, même aux esclaves [3].

Quel est donc le caractère de ce droit d'accusation, qui, selon la nature des crimes ou l'intérêt des parties, put s'étendre ou se resserrer entre les mains des citoyens ? Faut-il le considérer exclusivement, ainsi qu'on l'enseigne généralement, en termes un peu absolus [4], comme un attribut de la souveraineté populaire, comme un droit inhérent au titre de citoyen ? Il est difficile de concilier cette règle avec les lois qui viennent d'être rappelées. Le droit d'accusation était principalement exercé par les parties lésées, et l'allégation d'un préjudice était, aux yeux de la loi, un titre préférable

[1] L. 11 Dig., eod. tit.

[2] L. 1 Dig., ad leg. *Jul. majestatis*.

[3] L. 7 et 8 Dig., eod. tit.

[4] M. Mangin, sur l'autorité de Denisart, *Traité de l'act. publ.*, tom. Ier, p. 4.

Digitized by Google

à la qualité même du citoyen : *Is cujus interest præfertur*[1]. Ainsi, dans toutes les accusations publiques, l'accusateur préféré par la loi était la partie lésée. Il est vrai qu'elle déléguait ensuite le même droit aux autres citoyens; mais il faut remarquer 1° que cette délégation ne concernait qu'une seule classe de crimes, les crimes publics; 2° qu'elle n'appelait pour l'exercer que ceux parmi les citoyens qui remplissaient certaines conditions et jouissaient d'une certaine fortune; 3° enfin qu'en matière de crimes politiques, sous les empereurs, ce droit était conféré non-seulement aux citoyens, mais aux condamnés, aux femmes, aux esclaves. Il est donc certain déjà que le droit d'accusation n'était pas une conséquence nécessaire de la souveraineté, et qu'entre ces deux principes il n'existait pas un lien indissoluble.

Maintenant, pour quelle raison les femmes sont-elles exclues du droit d'accusation, lorsqu'elles n'allèguent aucune lésion personnelle? Est-ce simplement parce qu'elles ne jouissent pas des droits civiques? Nullement; la loi déclare qu'elle les repousse uniquement parce qu'elles échapperaient, en cas d'accusation calomnieuse, à la peine du talion : *Ne alioquin securitate sexus* (*id est cum sciant sibi talionis vel calumniæ pœnam non imminere*) *ad accusationes temere proruant*[2]. Pourquoi les personnes réputées infâmes, pourquoi celles qui ont trafiqué de leur témoignage ou se sont désistées à prix d'argent d'une accusation, sont-elles rejetées? Ont-elles donc été privées du titre de citoyen? Nullement; mais c'est que leur infamie ou leur corruption inspire une juste défiance, *propter suspicionem calumniæ*[3]. Enfin quel

[1] Ulpian., l. 3, § 1, Dig., *De popul. act.*
[2] L. 3 C. Th., *De accusationibus.*
[3] Paul., l. 9 Dig., eod. tit.

Digitized by Google

motif écarte l'accusation des citoyens qui ne possèdent pas une certaine fortune, *quinquaginta aureos?* N'ont-ils pas le titre de citoyen? Oui; mais leur pauvreté peut les rendre accessibles à la séduction, et ils sont repoussés *propter paupertatem*[1]. Ainsi, dans l'esprit de la loi, la qualité de citoyen ne suffit pas pour conférer le droit, et la privation de cette qualité ne suffit pas pour l'anéantir.

Il importe de rappeler encore que les magistrats s'étaient peu à peu attribué le pouvoir, et dans un temps assez voisin de l'établissement impérial, de poursuivre les crimes sans l'intervention d'un accusateur et d'office : *Sive accusator exsistat, sive publicæ sollicitudinis cura*[2]. Les jurisconsultes Paul[3] et Ulpien[4], les empereurs Gordien[5] et Constantin[6], constatent successivement cette initiative du juge, cette poursuite d'office, et semblent la considérer, non comme un fait nouveau, comme un empiétement sur les droits des citoyens, mais comme une règle déjà ancienne, *incognitum non est*[7], que les besoins de la justice avaient établie, comme un moyen utile d'expédier plus promptement les causes criminelles, *ut noxius puniatur, innocens absolvatur*[8]. Il est évident que les magistrats, déjà investis du droit de saisir, sans accusation, les vagabonds et les voleurs[9], avaient été insensiblement amenés à étendre ce droit de leur juridiction,

[1] Hermogen., l. 10 Dig., eod. tit.
[2] L. 1 C. Th., *De custodia reorum.*
[3] L. 22 Dig., *De quæstionibus.*
[4] L. 13 Dig., *De officio præsidis.*
[5] L. 7 Cod., *De accusationibus.*
[6] L. 1 C. Th., *De custodia reorum.*
[7] L. 7 Cod., *De accusatoribus.*
[8] L. 1 C. Th., *De custodia reorum.*
[9] L. 4 Dig., *De accus.*; L. ult. Dig., *De furtis.*

Digitized by Google

d'abord aux criminels pris en flagrant délit, puis à tous les malfaiteurs. Le droit d'accusation ne dut plus avoir dès lors, vers les derniers temps de l'empire, qu'une très-médiocre importance.

Il résulte de ces différents textes que le droit d'accusation, dans la législation romaine, fut principalement exercé par les parties lésées, et que par conséquent l'action publique et l'action privée restèrent, dans la plupart des cas, confondues dans les mêmes mains; qu'elles ne se dégagèrent l'une de l'autre qu'en matière de crimes publics et de crimes de lèse-majesté, et que l'action publique qui naissait de ces crimes fut déléguée d'abord à certains citoyens reconnus aptes à cette fonction, ensuite à tous les habitants de la cité; enfin, que les magistrats, excités sans doute par l'incurie des citoyens et des parties, finirent par mettre en pratique la poursuite d'office et par usurper ainsi l'une et l'autre action.

De là plusieurs conséquences. L'accusation publique, à l'époque républicaine, fut sans aucun doute un corollaire du droit de souveraineté; mais ce droit ne fut point sa source unique, car elle appartenait avant tout aux parties lésées, et les citoyens qui l'exerçaient, à côté de ces parties ou en leur absence, étaient soumis à des conditions qui indiquaient qu'un principe de justice se trouvait à côté du principe de la souveraineté. Sous le régime impérial, l'accusation, conférée à tous les habitants de la cité par les lois de majesté, cessa d'être un privilége : la souveraineté n'en fut donc plus la source, même partielle; le droit d'accusation fut un devoir populaire; il s'étendit à tous, dans l'intérêt d'une répression que l'histoire a souvent flétrie. Enfin, vers le quatrième siècle de l'empire, l'accusation prit insensiblement un nouveau caractère : à côté de l'action privée, qui souvent

Digitized by Google

n'était pas exercée, à côté de l'action populaire, qui était abandonnée, s'éleva la poursuite d'office, c'est-à-dire l'accusation du juge, dénuée de toutes les formes qui accompagnaient l'accusation publique, mais puisant ses garanties dans les fonctions du magistrat : elle ne fut plus, comme dans la première période, une conséquence plus ou moins directe du droit de la souveraineté; elle ne fut plus, comme dans la seconde, une sorte de corollaire du fait de la cité, du fait de l'habitation; elle devint un attribut du pouvoir public, ou plutôt elle suivit le sort de la souveraineté, elle sortit des mains des citoyens pour passer en celles des lieutenants de l'empereur.

A l'époque mérovingienne, l'accusation refléta le principe qui dominait la législation pénale. Ce principe, que les nations germaniques avaient universellement consacré, était celui de la vengeance privée. L'offensé avait un véritable droit de guerre; il pouvait venger l'offense à force ouverte; mais il pouvait aussi se borner à exiger du coupable une composition destinée à l'indemniser du préjudice qu'il avait souffert.

L'accusation, lorsqu'elle était intentée, était donc, dans son principe, essentiellement privée. Elle avait pour but la composition, c'est-à-dire le dédommagement de la partie lésée; elle était principalement exercée dans l'intérêt de cette partie ; elle n'était, en général, intentée que par elle[1]. Ainsi, la répression des crimes se trouvait placée dans les mains des personnes que ces crimes avaient blessées; ainsi l'action privée était la seule action répressive. Cette règle, nous l'avons déjà remarqué, domine toutes les sociétés encore barbares : l'action publique, qui exprime l'intérêt so-

[1] Voy. notre *Traité de l'instr. crim.*, tom. Ier, § 46, p. 217 et 218.

Digitized by Google

cial et place à côté du préjudice privé le préjudice moral de la cité, suppose la constitution de l'État et l'intelligence de ses droits.

Cependant, nous trouvons déjà quelques traces, dès les premiers siècles, de l'intervention de l'autorité publique dans les poursuites criminelles. Une part des compositions était attribuée au fisc à titre de *fredum*[1]; et il paraît qu'en général ces *freda* appartenaient aux chefs mêmes des justices[2]. D'un autre côté, certains attentats qui troublaient spécialement l'ordre public, tels que l'incendie, le rapt, l'effusion de sang dans les églises, étaient punis, outre les compositions, du *bannum*, amende de 60 sous prononcée au profit du roi[3]. Il s'ensuit que les dépositaires de l'autorité publique avaient un intérêt propre à la répression à côté de celui des parties lésées; cet intérêt dut modifier dans certains cas les formes de la poursuite.

On voit d'abord, dans les textes de la loi salique, que des mesures avaient été prises pour que les transactions des parties lésées ne pussent nuire aux droits du fisc[4]. Mais la mesure la plus sûre était la poursuite d'office; et l'on peut

[1] Lex salica, tit. LXIII, cap. III : Duas partes ille, cujus caussa est, ad se revocet, et tertiam partem in fredo gravio ad se recolligat.—Lex Alam., cap. I, art. 2; Bal., I, 57.. : Et fredum solvat, sicut lex habet. — 2 cap. Kar. magn., ann. 803, cap. IX. Bal., I, 390 : Excepto freda, quæ ex lege salica conscripta sunt.

[2] Lex ripuar., tit. LXXXIX : Nonnullus judex fiscalis de quacumquelibet causa freda non exigat, priusquam facinus componatur. Cap. Clot., III, art. 12, Bal., I, 21 : Fredus tamen judici, in cujus pago est, reservetur.

[3] 2 capit., ann. 806; Bal., I, 447; 2 capit. Ludov. Pii, ann. 819, art. 2; Bal., I, 590.

[4] Lex salica. cap. LV, § 2 : Si vero plus ad manum suam redimendam dederit, fredus grafioni solvat, tamquam si de ipsa causa convictus fuisset. —Voy. eod. loc., §§ 4, 6 et 8.— Et pactum Chlotar. et Childeb., cap. III; decret. Chlotar., cap. XI.

Digitized by Google

induire de quelques textes, soit de la loi salique, soit des capitulaires, que cette poursuite n'était pas inconnue.

Ainsi, dans le cas où un cadavre était trouvé sur la voie publique, le comte devait se transporter sur le lieu, appeler les voisins, et procéder sur les causes de la mort à une enquête qui pouvait être suivie d'un jugement et d'une composition [1]. Un capitulaire de Charlemagne prescrit aux juges de poursuivre la punition des crimes dans tous les lieux où ils seront découverts : *Et ubicumque inventa fuerint à judicibus nostris secundum legem ex nostro mandato vindicentur* [2]. Louis le Débonnaire répète cette prescription : *Si quis... homicidium commisit, comes in cujus ministerio res perpetrata est, et compositionem solvere et faidam per sacramentum pacificare faciet* [3]. Enfin, Charles le Chauve prévoit le cas où les parents de l'homicidé ne veulent ou n'osent porter une accusation : *Et si talis est quem... parentes aut propter faidam homines accusare noluerint aut ausi non fuerint;* et il ordonne que le coupable sera contraint de venir se justifier au placité [4]; il ajoute une sorte d'obligation de dénoncer les crimes aux juges, auxquels il donne mission de les punir : *Si scierit qui hæc fecerit, illis ministris nostris, per quos talis causa emendari debet, non celet* [5].

[1] Lex salica antiqua, cap. LXXVI : Sicut adsolet homo juxta villa aut inter suas villas proximas sive vicinas fuerit interfectus, sic debet judex, hoc est comes aut grafio, ad locum accedere et ibi cornu sonare debet. Tunc vicini in quorum campo vel exitum corpus inventum est... cum sexagenos quinos se exuent quod nec occidissent nec sciant qui occidissent, minoflidis vero quinos dinos juratores donent qui jurant. Si istud ante XL noctes non fuerint (noverint se personam mortui requirenti satisfacere). Si vero jurant, et super sacramentum idoniaverint, nulla compositio eis requiratur. (Pardessus, capita extrav., IX.)

[2] Prim. capit. Karol. magn., ann. 789, cap. LXV. Bal., I, 236.

[3] Capit. Lud. Pii, ann. 819, art. 13. Bal., I, 602.

[4] Capit. Karol. Calv., ann. 873, tit, LXV, cap. III. Bal., II, 228.

[5] Eod. loc.

Digitized by Google

Ces textes ne sont point fort explicites; ils ne consacrent pas en termes formels le droit des juges d'intenter, en général, une poursuite sans l'intervention des parties lésées; mais les différents cas qu'ils prévoient, les diverses prescriptions qu'ils contiennent, supposent que les juges, au moins dans certaines circonstances, pouvaient prendre cette initiative. Nous trouvons là le même germe que nous avons trouvé dans la législation romaine; et il est visible que les mêmes besoins devaient amener le développement du même principe. L'impuissance et l'inaction des parties privées appelaient naturellement l'intervention de l'autorité publique.

Un auteur a prétendu que l'accusation publique était autorisée par les lois pour le crime de lèse-majesté ou de trahison, et que par conséquent chaque homme avait le droit d'intenter l'accusation en son nom [1]. On cite à l'appui de cette opinion quelques expressions d'un poëme contemporain de Louis le Débonnaire et un passage des Annales d'Éginhard. Le premier texte suppose qu'un Franc a trahi la foi qu'il devait au roi, et ajoute que si l'un de ses frères d'armes élève contre lui cette accusation, l'un et l'autre doivent combattre : *Tunc si frater adest, qui se super hæc quoque dicat, tunc decet ut bello certet uterque* [2]. Éginhard se borne à rapporter que le duc de Bavière fut accusé par les Bavarois, à l'assemblée générale, du crime de trahison : *Crimine majestatis à Bajoariis accusatus est* [3]. Il est évident que ces textes ne suffisent pas pour admettre l'existence d'une accusation publique, même à l'égard du crime spécial dont il s'agit. L'ac-

[1] Mlle de la Lézardière, *Théorie des lois politiques*, tom. VII, p. 9.

[2] D. Bouquet, tom. VI, p. 48.

[3] *Annales Francorum*, ann. 788.

Digitized by Google

cusation publique, c'est-à-dire l'accusation par d'autres que par les parties lésées ou leurs parents, n'était pas en harmonie avec les principes de la législation germanique. Les crimes étaient plutôt réparés qu'ils n'étaient punis, et cette réparation n'intéressait en général que les parties lésées, puisqu'elle ne donnait lieu qu'à des compositions auxquelles l'offensé et sa famille avaient seuls droit. Les autres habitants du même lieu n'avaient donc aucun intérêt à poursuivre; car l'intérêt commun de la répression des crimes était une idée trop confuse encore pour déterminer leur action. Le roi et les chefs de justice, qui prélevaient le *fredum* et le *bannum*, avaient, au contraire, un intérêt spécial, et c'est là ce qui explique pourquoi l'accusation, lorsqu'elle tendit à se répandre en dehors des mains des parties lésées, sembla se placer dans les mains des juges plutôt que dans celles des simples citoyens.

Ainsi, dans cette première période, la forme de la poursuite fut presque exclusivement accusatoire, mais l'accusation n'appartint qu'aux parties lésées. La poursuite d'office, confusément mentionnée par les textes, ne fut que l'application timide et encore incertaine d'un principe qui ne devait se développer que plus tard. L'action fut donc à cette époque essentiellement privée; l'intérêt public de la répression des crimes n'était qu'un intérêt secondaire et accessoire; la lésion éprouvée formait la base de l'accusation, la réparation en était le seul but; les autres peines n'arrivaient que par accession à cette peine principale ou pour lui être substituées au cas où la composition n'avait pu être acquittée. La justice était satisfaite aussitôt que les intérêts lésés avaient obtenu la satisfaction qu'ils réclamaient.

Au douzième siècle, cette législation n'existait plus; les lois germaniques étaient oubliées, et cependant l'action cri-

Digitized by Google

mainelle était encore soumise à peu près aux mêmes règles[1]. Les justices seigneuriales, comme les placités des comtes, n'étaient en général saisies que par l'accusation des parties lésées : toute la procédure supposait la présence de l'accusateur et de l'accusé, la lutte des deux parties ; il fallait une plainte pour saisir la justice, et une partie pour soutenir la plainte. En même temps, et comme à l'époque mérovingienne, le crime pouvait être *vengié par l'office du juge* et sans l'intervention d'aucune partie poursuivante, lorsqu'il était *clers et apert*, c'est-à-dire flagrant et notoire. Cette faculté du juge, née sous la législation impériale de Rome et que les mêmes circonstances avaient ramenée sous le régime des lois barbares, s'était développée depuis le neuvième siècle ; la plainte des parties lésées était souvent étouffée, souvent impuissante ; la poursuite d'office était devenue un mode régulier de procédure.

Mais la loi canonique, qui déjà à la même époque réfléchissait les règles du droit romain, avait reproduit quelques-unes de ses formules, et par suite avait promulgué en quelque sorte un droit nouveau. C'est ainsi qu'il était de principe, dans les justices de l'Église, que nul ne pouvait être poursuivi sans un accusateur légitime et idoine : *Nihil contra quemlibet accusatum absque legitimo et idoneo accusatore fiat*[2]. Mais que fallait-il entendre par un accusateur légitime? quelles étaient les conditions d'idonéité? Le pape Anaclet répondait : *Accusatio non nisi ab idoneis et probatissimis viris, qui suspicionibus et sceleribus carent, fieri debet*[3]. Or, les personnes exemptes de suspicion n'étaient pas très-nombreuses. Les laïques étaient suspects vis-à-vis des clercs,

[1] Voy. notre *Traité de l'instr. crim.*, tome Ier, p. 284.
[2] *Grat. decr.*, sec. pars, caus. II, quæst. 1, cap. IV.
[3] *Grat. decr.*, sec. pars, caus. II, quæst. 7, cap. XV.

Digitized by Google

et étaient généralement rejetés de toute accusation contre eux : *Nullus laïcus audeat clerico crimen inferre*[1]. Parmi les clercs eux-mêmes, ceux des ordres mineurs n'avaient pas le droit d'accuser ceux des ordres plus élevés[2]. Enfin, les hérétiques, les juifs, les païens, les anathèmes, les sacriléges, les excommuniés, en étaient à plus forte raison déclarés déchus[3]. Mais toutes ces déchéances ne frappaient que l'accusation publique, celle qui pouvait être exercée par toutes personnes, même non intéressées dans la poursuite ; elles s'effaçaient , par imitation du droit romain, toutes les fois que l'action était exercée par les parties offensées elles-mêmes : *Omnibus quibus accusatio denegatur, in causis propriis licentia non est deneganda*[4]. Ainsi, nous retrouvons à cette première ère du droit canonique, les deux principales règles de la loi romaine, l'accusation publique attribuée à toutes les personnes qui n'étaient pas frappées d'incapacité, et l'accusation privée attribuée à toutes les parties lésées. Mais ces formes, empruntées à une législation que les légistes et les clercs commençaient dès cette époque à copier servilement et sans discernement, n'eurent qu'une éphémère application; elles ne pouvaient jeter des racines profondes sur le sol de l'Eglise.

Ainsi, jusqu'au treizième siècle, la forme accusatoire domina dans la procédure : l'accusation, mais l'accusation des parties lésées seulement, était la base de toutes les poursuites criminelles. Il n'y avait à cette règle générale que deux exceptions : la première concernait les crimes *notoires*,

[1] *Grat. decr.*, sec. pars, caus. II, quæst. 7, cap. II.

[2] *Grat. decr.*, eod. loc., cap. X.

[3] *Grat. decr.*, eod. loc., cap. XXIII et XXV, et caus. III, quæst. 4, cap. VII, XI et XII.

[4] *Grat. decr.*, caus. V, quæst. 6, cap. II.

Digitized by Google

c'est-à-dire les crimes flagrants ou avoués par les coupables; le juge pouvait les poursuivre et les punir d'office et sans l'intervention d'aucun accusateur; la seconde comprenait les délits justiciables des cours d'Église : toute personne même non lésée par ces délits, pourvu d'ailleurs qu'elle ne fût pas réputée incapable par les canons, était admise à porter accusation. Mais, hors ces exceptions assez restreintes dans la pratique, l'accusation était le premier acte de toute poursuite et n'appartenait qu'aux parties lésées. L'action publique se trouvait donc encore en quelque sorte enveloppée dans l'action privée et lui restait subordonnée.

Deux éléments nouveaux vinrent vers cette époque modifier ces formes de la procédure : l'institution de l'enquête et celle d'une partie publique.

La procédure inquisitoriale eut pour premières conséquences la suppression progressive des formes de l'audience publique et l'introduction corrélative de la procédure secrète[1]. Mais l'un de ses corollaires plus éloignés, mais non moins directs, fut l'usage d'un nouveau mode d'action ou plutôt d'une forme nouvelle qui suppléa la forme de l'accusation ; nous voulons parler de la dénonciation.

En effet, dans la procédure inquisitoriale, le juge procédait à l'enquête sans le concours, et même en l'absence des parties lésées. Or, celles-ci, rejetées d'une procédure qu'elles avaient jusque-là dirigée, et dès lors incertaines de ses résultats, hésitèrent à se charger du fardeau de l'accusation ; il leur parut préférable de laisser au juge le soin de la poursuite sans encourir la grave responsabilité qui pesait sur

[1] Voyez notre *Traité de l'instr. crim.*, tom. 1er, § 79, p. 518.

Digitized by Google

les accusateurs, responsabilité qui s'élevait quelquefois jusqu'à la peine du talion[1]; elles se bornèrent donc à dénoncer le crime sans prendre inscription, sans remplir les formes de l'accusation. Cette dénonciation produisait dans la pratique les mêmes effets que la notoriété ou le flagrant délit; elle ouvrait la voie de l'enquête. Julius Clarus déclare, en effet, que de son temps le juge était autorisé à prendre cette voie alors extraordinaire, lors même qu'il n'était saisi que par une simple dénonciation : *Nunc scias alium etiam esse modum, per quem aperitur via judici ad inquirendum, scilicet, si facta sit denunciatio apud acta quod aliquis maleficium aliquod commiserit*[2]. La dénonciation suffisait donc pour donner ouverture à l'enquête, à la poursuite d'office.

Cet usage révèle les nouvelles tendances de l'action publique à cette époque : elle semblait faire effort pour se dégager des mains des parties privées, et pour remonter vers l'autorité publique. Nous avons rappelé ailleurs les principaux traits du mouvement social qui se préparait au treizième siècle[3]; nous avons vu toutes les forces disséminées de la société féodale réagir à la fois et converger vers un centre commun : nous trouvons ici une nouvelle trace de cette révolution. L'accusation n'avait été jusqu'alors que l'arme de la vengeance privée, elle va devenir l'arme du pouvoir social, le rempart de la royauté elle-même. La vengeance privée, comme base du système pénal, avait été remplacée par la vengeance publique; aux compositions avaient succédé les supplices. L'accusation privée suivit les mêmes phases : à mesure que le châtiment semblait se pro-

[1] Jean Boutellier, *Grand coustumier*, tit. XXXIV; Jean Imbert, liv. III, chap. I, n. 13.

[2] Julius Clarus, *Sentent.*, lib. V, § fin., quæst. 3, n. 1.

[3] Voy. notre *Traité de l'instr. crim.*, tom. Ier, § 79, p. 518.

Digitized by Google

poser une mission générale, un but social, elle tendait à changer elle-même de nature; tant qu'elle n'eut pour but que la réparation de la lésion causée par le crime et la satisfaction de la vengeance privée, elle demeura généralement dans les mains des parties lésées; quand, au contraire les intérêts généraux de la société commencèrent à prévaloir, et que l'accusation eut pour but la protection de ces intérêts publics à côté des intérêts privés, elle se plaça d'elle-même entre les mains des juges.

L'institution d'une partie publique ne hâta point ce mouvement; elle n'en fut qu'une conséquence. L'action publique se trouvait déjà, au moins pour les cas les plus graves, en la possession des juges, avant que les procureurs royaux fussent adjoints aux poursuites. Mais les formes de la procédure inquisitoriale, aussi bien que la procédure accusatoire, exigeaient l'intervention d'une partie poursuivante; cette partie n'accusait pas, mais elle fournissait les éléments nécessaires à la poursuite; elle n'était pas présente à l'information, mais elle prenait des conclusions d'après ses résultats. *Produnt atque indicant; sed non reprehendunt, neque arguunt.* Il arrivait aussi que lorsque le juge ne poursuivait pas d'office, la partie lésée prenait un mandement du juge pour faire procéder à une information. Un sergent ou un notaire procédait, en vertu de ce mandement, à l'audition des témoins, et renvoyait ensuite son enquête close et cachetée au juge enquêteur qui lui donnait suite, s'il y avait lieu[1]. Or, lorsque les parties lésées se bornèrent à porter leurs plaintes sans intervenir dans la poursuite, et lorsque les juges informaient d'office, il n'y eut plus d'autre partie

[1] Jean Imbert, *Pract. crim.*, liv. III, p. 688, Pierre Ayrault, *Instruct. judic.*, liv. III, p. 276.

Digitized by Google

au procès que l'accusé, et les procédures languirent; on pouvait bien se passer d'accusateur pour entamer l'action, car, suivant la remarque d'Ayrault, « dans les accusations d'office, ou la commune renommée, ou la clameur populaire, ou la république est tenue pour demanderesse et accusatrice[1] »; mais dans le cours du procès cette fiction ne suffisait plus : il fallait désigner les témoins, contredire les reproches de l'accusé, discuter les faits justificatifs, fournir les preuves. Ce fut donc la négligence des parties, ce fut la poursuite d'office qui amenèrent l'intervention des procureurs royaux dans les procès criminels.

Quel fut, dans les premiers temps, le caractère de cette intervention ? quels furent ses premiers actes et ses premiers effets ? La jurisprudence présente sur ce point une extrême confusion. S'il nous a été difficile de déterminer les faits du sein desquels cette institution est née[2], il n'est pas plus aisé de retrouver l'application qu'elle reçut à son origine. Il y a lieu de croire que les attributions des procureurs royaux ou fiscaux ne furent nullement définies, et qu'elles se développèrent peu à peu dans la pratique, suivant les besoins de la justice.

Jean Bouteiller, qui écrivait la *Somme rurale* vers la fin du quatorzième siècle et au plus tard en 1402, cinquante ans environ après que les procureurs royaux eurent commencé à intervenir dans les procès criminels, donne une notion générale de leurs fonctions : *Procureur d'office est celuy qui, en cour d'aucun seigneur, est promoteur de luy faire partie contre tous délinquants qui au territoire dudit seigneur*

[1] *Instruction judiciaire*, liv. II, p. 115.

[2] Voy. notre *Traité de l'instr. crim.*, tom. Ier, § 74, p. 459.

Digitized by Google

ont délinqué, soit partie adjointe, soit sans partie adjointe[1]. Il semble suivre de ce texte que le procureur royal ou seigneurial était déjà en possession à cette époque de se porter partie, principale ou jointe, dans tous les procès criminels. Cependant nous allons voir que cette règle ne recevaitpas une applcation absolue.

Bouteiller nous apprend que, de son temps, il y avait quatre modes de poursuite : « *Soit en dénonçant, soit en partie formant, soit à cause d'office à la requeste du procureur d'office, ou par le droict office du juge*[2]. » La dénonciation était devenue le mode le plus habituel d'accusation : « *Par dénonciation, si comme quand aucun ne se veut pas faire partie ne former contre aucun d'aucun crime, toutesfois le vient-il dénoncer à la justice et offre à cdministrer ou nommer tesmoins. Le juge doit lors sagement considérer la manière du dénonçant, sa personne, si il est homme credible ou non... Et s'il trouve qu'il soit homme constant et où on se puisse attester, si doit le juge faire qu'il en ait information*[3]. » Ainsi, la dénonciation, comme on l'a déjà vu, saisissait le juge ; elle lui faisait, suivant l'expression de Charondas le Caron[4], ouverture pour informer ; elle légitimait la poursuite d'office.

Après la dénonciation venait l'*accusation par partie formée* ; c'était l'ancienne accusation qui avait survécu jusqu'au quinzième siècle à côté de la poursuite d'office et même du ministère public. Cette accusation s'était compliquée d'une forme singulière, qui avait été empruntée au

[1] *Grand coustumier*, tit. x, p. 82.
[2] *Grand coustumier*, tit. xxxiv, p. 376.
[3] Eod. loc.
[4] Annotations sur la *Somme rurale*, p. 406.

Digitized by Google

Code théodosien [1], et qui consistait dans la détention de l'accusateur comme garantie de sa véracité : « *Par partie formée peut et doit tout juge, qui de cas de crime peut et doit cognoistre, recevoir tout homme recevable en cour à faire partie contre l'accusé, et prendre et retenir la cause par prison fermée* [2]. » Il résulte de ce texte que la poursuite était forcée quand l'accusateur consentait à garder prison jusqu'au jugement : le juge devait poursuivre ; c'était un vestige de l'accusation antique. Jean Imbert déclarait, au commencement du seizième siècle, que cet usage n'existait plus : « *Est à noter qu'aujourd'hui les parties formées ne sont reçues en France* [3]. Toutefois, Pierre Ayrault, qui écrivait un demi-siècle environ après Imbert, mentionne encore cette règle : « Si, hors le flagrant délict, l'accusateur offre entrer en prison fermée jusqu'à ce qu'il ait reconvent ses charges, le juge, en les attendant, peut-il ordonner que l'accusé y entrera ? Véritablement il n'y a pas longtemps qu'il se faisait, et tel accusateur s'appelait partie formée. Mais nous ne pratiquons plus cela, et si je ne l'ai jamais veu arriver qu'une fois [4]. » Mais l'accusation était également admise, sans être accompagnée de cette mesure rigoureuse, et simplement avec caution : « *Saches que quiconque veut autre accuser de crime selon la loi, il doit bailler par écrit au juge le cas dont il veut accuser et toute la manière du faict et nommer le plus qu'il peut de tesmoins, à fin que le juge puisse voir s'il aura cause de lui mouvoir et détenir prisonnier ; donc si le juge voit que mouvoir s'en doive par le cas ainsi baillé, il doit prendre caution de l'accuseur qu'il pour-*

[1] *Cod. Theod.*, l. 8, *De accusatoribus*, et l. 19, *De accusationibus*.
[2] *Grand coustumier*, tit. XXXIV, p. 378.
[3] *Practique crim.*, liv. III, chap. I, n. 3.
[4] *Instruction judiciaire*, liv. II, p. 254.

Digitized by Google

suivra ses journées jusques en fin [1]. Les parties avaient donc conservé jusqu'au quinzième siècle la faculté de poursuivre par voie d'accusation ; mais nous avons vu qu'elles ne s'en servaient que rarement.

Les deux autres modes d'action, *à cause d'office à la requeste du procureur d'office, ou par le droict office du juge*, comprenaient toutes les poursuites faites par le juge sans adjonction des parties lésées. La procédure pouvait être commencée, suivant l'expression de Bouteiller, *par l'office de justice sans autre partie ou à la requeste du procureur d'office* [2]. Il y avait cette seule différence que, dans les procédures *par présent mesfait*, c'est-à-dire dans le cas de flagrant délit, le juge pouvait procéder par information préalable, tandis que, lorsque le crime n'était appris que par dénonciation ou *par fame et renommée notoire*, la procédure devait nécessairement être précédée d'une information [3]. On doit remarquer, d'ailleurs, que la poursuite pouvait être faite ou à la requête du procureur d'office, ou même *sans aucune partie* [4] : l'action du juge était donc tout à fait indépendante de l'intervention de la partie publique.

Il résulte de ces observations que la jurisprudence du quinzième siècle admettait à la fois trois modes d'action, la dénonciation, l'accusation et la poursuite d'office : la dénonciation, qui avait pour effet de saisir le juge et de lui abandonner la direction de la procédure ; l'accusation, débris d'un autre âge, que les légistes amalgamaient avec la procédure inquisitoriale, et à laquelle ils réservaient encore quelques-uns de ses antiques priviléges ; enfin la

[1] Bouteiller, *Grand coustumier*, tit. XXXIX, p. 490.
[2] *Grand coustumier*, tit. XXXIII.
[3] *Grand coustumier*, tit. XXXIX.
[4] *Ibid.*

Digitized by Google

poursuite d'office, qui était exercée d'office par le juge, soit avec le concours de la partie publique et de la partie privée, soit sans le concours d'aucune partie.

Ces formes de procédure s'étaient déjà en partie modifiées au seizième siècle. Jean Imbert, qui écrivait ses *Institutiones forenses* quelques années avant les ordonnances de 1536 et de 1539, et sa *Practique judiciaire*, qui n'est qu'une traduction développée de ce premier ouvrage, quelques années après, pose avec une certaine netteté les principes qui vont devenir les fondements du droit nouveau : « Nous avons deux manières d'accusateurs, les uns qui poursuivent l'intérêt du roy et de la chose publique, que nous appelons les gens du roy, savoir est l'advocat et procureur du roy ou des seigneurs ayant haute justice. Les premiers tendent à punition corporelle et amende honorable et pécuniaire contre le délinquant. Les autres demandent réparation de leur intérest civil qu'ils ont souffert à cause du délict commis en leurs personnes ou en leurs biens par notre style ; combien que selon droict commun ils peuvent tendre à punition corporelle et à réparation de leurs intérêts. Au moyen de quoy aujourd'hui l'accusateur privé, que nous appelons partie civile, n'est point tenu de s'inscrire ni faire les solennités requises de droict commun en accusation [1]. »

On voit que les nouveaux germes que nous avons aperçus dans la législation se sont développés : l'ancienne accusation s'est transformée ; les solennités et les garanties qui l'environnaient ont disparu ; le droit d'accuser s'est lui-même modifié dans sa forme et dans ses effets ; l'accusateur privé n'est plus qu'une partie civile, car il ne poursuit plus que la réparation civile de ses intérêts ; le principal, le vé-

[1] *Practique judiciaire*, liv. III, chap. I, p. 625.

Digitized by Google

ritable accusateur est la partie publique, le procureur du roi ou des seigneurs.

Cette partie publique, qui s'est si promptement affermie sur les débris des coutumes féodales, doit être considérée, il faut le répéter après Montesquieu [1], comme l'une des plus admirables institutions qui soient sorties du moyen âge. Elle fut le signe le plus vrai et le résultat le plus utile du mouvement de centralisation monarchique qui s'opérait de toute part au quatorzième siècle. Aux efforts isolés des parties elle substitua, en effet, l'intervention de l'autorité publique, à la lutte des forces individuelles la puissance de la force sociale. La loi attique et la loi romaine avaient institué l'accusation publique, mais elles l'avaient déposée dans les mains des citoyens ; le quatorzième siècle reprit le même principe, l'innovation consiste à en avoir confié l'application à un magistrat. « Ç'a été sagement et humainement faict, dit un auteur du seizième siècle, d'avoir planté et subrogé le procureur du roy au lieu de ceux lesquels, en estat populaire, se mesloïent d'accuser autres, sans intérêt particulier qu'ils eussent. Ç'a été apporter une grande douceur à la société humaine que de remettre en une personne seule ce qui est simplement du public, et d'oster toutes ces actions populaires et la licence vague et indéfinie de se rechercher et entremanger [2]. » Mais si cette institution fut utile à l'ordre général et à la sécurité publique, elle le fut surtout à la justice. Elle revendiqua ce qu'on appelait alors la *vindicte publique* dans un but social, au lieu de la livrer aux passions aveugles des parties ; à côté des intérêts individuels, elle put placer et faire comprendre un intérêt

[1] *Esprit des Lois*, liv.

[2] Pierre Ayrault, *Instr. jud.*, liv. II, p. 195.

Digitized by Google

supérieur, celui de la société entière; enfin, elle contribua à substituer graduellement aux peines simplement réparatrices, peines insuffisantes parce qu'elles n'étaient portées qu'en vue de la partie lésée, les peines afflictives, qui furent portées *pour l'exemple des autres*[1], et par conséquent dans un intérêt général.

Toutefois, la distinction de la partie publique et de la partie civile fut pendant longtemps plutôt théorique que pratique. L'institution du ministère public, comme toutes les institutions humaines, ne se développa que par degrés. Imbert déclare que, « selon le droict commun, les parties civiles *peuvent tendre à punition corporelle* et à réparation de leurs intérêts. » Ainsi, bien que la jurisprudence inclinât au seizième siècle à laisser ce droit au procureur du roi, les parties l'exerçaient encore; elles accusaient; elles concluaient à l'application des peines. Pierre Ayrault, après avoir reconnu au procureur du roi *le droit de la vindicte publique*, ajoute : « Mais que, pour cela, la partie intéressée n'y ait plus de droict, et jaçoit que les fonctions du procureur du roy lui servent beaucoup, que les siennes ne soient que les secondes et comme subsidiaires, c'est ce que je n'admettrois pas fort aisément : *la partie civile, c'est le vray demandeur et accusateur; le procureur du roy n'est que joinct*[2]. » Ainsi, la partie lésée est encore considérée comme la partie principale; elle dirige l'accusation; la partie publique n'est qu'une partie jointe.

Et, en effet, si l'on se reporte à la procédure du quinzième et du seizième siècle, on voit les parties en supporter encore tout le poids. Dans la pratique, elles prenaient elles-mêmes

[1] *Ord.*, octobre 1535, chap. II, art. 6.
[2] *Instruction judiciaire*, 2e p., liv. II, p. 195.

Digitized by Google

un mandement du juge pour informer, et elles chargeaient un sergent ou un archer de procéder à l'information. Cet officier allait çà et là sur les lieux ouïr les témoins et rapportait leurs dépositions dans un procès-verbal clos et scellé qui servait de base aux premiers actes de l'instruction [1]. Les fonctions des procureurs royaux ne commençaient qu'après cette première information. Les ordonnances de mars 1360 et du 22 novembre 1371 leur défendaient de se rendre parties *jusques à ce que informations dues et convenables seroient premièrement et avant toute œuvre faictes sur les faits et articles qui viendroient à leur connoissance, et que icelles informations seroient veues et examinées à bonne délibération par les bailliz et autres juges ordinaires des lieux.* Deux siècles après, l'article 73 de l'ordonnance de 1560 supposait encore que les procureurs du roi ou des hauts justiciers n'agissaient qu'avec le concours d'une partie dénonciatrice ou plaignante ; Ayrault disait : « Nos gens du roy, quoiqu'ils disent que la vindicte publique appartienne à eux seuls, ne font ou ne peuvent pas faire grande poursuite d'eux-mesmes [2] » ; et Bornier enseignait, même après l'ordonnance de 1670, que « l'usage de ce royaume est que les procureurs du roi et ceux des justices seigneuriales ne peuvent accuser qu'ils n'aient quelque particulier instigateur [3]. » Cependant, dès la fin du seizième siècle, il était passé en pratique que les procureurs du roi et fiscaux pouvaient agir sans dénonciateurs, parce qu'ils étaient *rei et disciplinæ publicæ vindices et assertores,* et l'on trouve même ce nouveau principe inscrit dans l'art. 184 de l'ordonnance de Blois de mai 1579 :

[1] Eod. loc., p. 270, 280, 293.
[2] *Instruction judiciaire*, p. 368.
[3] *Confér. des ord.*, tom. II, p. 67.

Digitized by Google

« Les procureurs généraux en Cour de parlement et leurs substituts en chacun siége et semblablement les procureurs fiscaux des seigneurs *sont tenus faire diligente poursuite et recherche des crimes, sans attendre qu'il y ait instigateur, dénonciateur ou partie civile.* »

Le cahier de l'information était communiqué au procureur du roi qui se rendait, s'il y avait lieu, partie jointe et prenait ses conclusions. Lorsque l'instruction était complète, il assistait au jugement et développait de vive voix ses réquisitions. L'art. 6 du tit. II de l'ordonnance d'octobre 1535 portait : « *Nous voulons et ordonnons que nostre dit advocat en nostre dite Cour, qui plaidoyera la matière pour nous, récite bien au long les charges, informations et confessions des parties, prenant conclusions pertinentes à ce que les délinquans puissent connoistre leurs fautes et que cet exemple soit à tous autres, leur défendant néanmoins poser ne plaidoyer aucuns délits ou crimes desquels il n'apperra par informations et charges*[1]. » L'ordonnance de 1498, art. 115, portait formellement que le procès devait être mis en délibération par le juge, *en présence des advocats et procureurs du roi.* Ces usages se modifièrent assez promptement. Lorsque la procédure extraordinaire, c'est-à-dire par récolements et confrontations, devint la forme ordinaire des procès criminels, l'intervention des procureurs du roi se borna, en général, aux conclusions libellées qu'ils donnaient sur le vu des premières charges de l'information et après la communication qui leur était faite des procès-verbaux des interrogations et des récolements et confrontations[2]. Toutes leurs fonctions, pendant le cours de l'instruction, se résu-

[1] Voy. aussi l'ord. d'août 1536, art. 7, 11 et 12.
[2] Voy. l'ord. d'août 1539, art. 157 et suiv.

Digitized by Google

maient dans leurs réquisitions écrites : « Le juge peut, de son office, sans le ministère du procureur du roy, dit Ayrault, faire tout ce qui est requis et nécessaire au procès; tout ce qu'on attend des gens du roy sont des conclusions en fin de cause[1]. »

A côté de l'initiative des parties civiles et même de celle des procureurs du roi ou des seigneurs, les juges avaient maintenu leur droit de poursuite d'office. L'art 1er du chap. II de l'ordonnance du 30 août 1536 portait : « Sitost que les crimes et délits auront été commis et perpétrés, les juges ordinaires seront tenus en informer ou faire informer et faire apporter les informations par devers eux. » L'art. 2 ajoutait formellement : « Et n'attendront les juges qu'ils en soient requis par les parties civiles et intéressées, qui le plus souvent sont si pauvres et indigents, et tellement intimidés par la puissance des délinquants ou de leurs parents, qu'ils n'en font plainte à justice et sont contraints d'en composer pour petite chose. » L'art. 145 de l'ordonnance d'août 1539 reproduisait ces dispositions : « Et sitost que la plainte des crimes, excès et maléfices aura été faicte, et qu'ils en auront été autrement advertis, ils en informeront ou feront informer, bien et diligemment, pour, incontinent après informations faictes, les communiquer à notre procureur, et veues ses conclusions être décerné par le juge telle provision de justice qu'il verra être à faire, selon l'exigence des cas. » L'art. 63 de l'ordonnance d'Orléans, janvier 1560, confirmait encore cette règle : « Enjoignons à tous nos juges et hauts justiciers informer en personne et diligemment les crimes et délits qui seront venus à leur connoissance, sans attendre la plainte des parties ci-

[1] *Instruction judiciaire*, 2e p., liv. II, p. 195.

Digitized by Google

viles et intéressées. » L'art. 64 ajoutait même que les juges ne seraient pas astreints « de communiquer les procès criminels pendant l'instruction à nos procureurs. » On trouve encore le même principe dans l'art. 184 de l'ordonnance de Blois de mai 1579.

Les légistes du seizième siècle enregistrent ce pouvoir judiciaire comme une maxime du droit public. Julius Clarus l'établit en ces termes : *In causis criminalibus, duobus modis proceditur, scilicet ex officio vel ad instantiam partis... Ex officio proceditur quando judex a seipso et ex suo officio assumit informationes contra delinquentem et contra eum procedit, et hoc est quod dicitur procedere per viam inquisitionis.* Il ajoute que de son temps il était permis au juge d'instruire d'office à l'égard de tous les crimes : *Hodie in quocunque casu permissum est judici procedere ex officio et sic per inquisitionem*[1]. Aucune condition n'était imposée à cette poursuite; il suffisait que la justice fût informée de la perpétration d'un crime pour qu'elle dût agir : *Postquam judici legitime constat delictum commissum fuisse, statim debet super ipso delicto inquirere*[2]. Menochius[3] et Decianus[4], tout en constatant cette nouvelle règle, enseignent cependant que de graves indices, ou la commune renommée, ou l'intervention d'un accusateur, doivent précéder la poursuite du juge. Farinacius admet sans la contester la doctrine de Julius Clarus[5]; Gigas l'adopte également[6]. Lizet déclare expressément, en sa *Pratique criminelle*, que : « Es crimes le

[1] *Sententiarum* lib. v, quæst. 3, n. 1 et 6.
[2] Eod loc., quæst., v, 1.
[3] *De arbitr. judic.*, lib. I, cas. 78.
[4] *Tract. crimin.*, lib. v, cap. XXIX.
[5] *De inquisitione*, quæst. 1, n. 9.
[6] *De crimine læsæ majestatis*, quæst. 9, n. 4.

Digitized by Google

juge doit informer par lui-même de son office[1]. » Bourdin, sur l'art. 145 de l'ordonnance de 1539, enseigne que : « En France, lorsqu'il s'agit d'un crime public, la poursuite en est faite à l'instigation de l'instigateur qui se rend partie, ou du seul office du juge sans accusateur, laquelle doit être incontinent communiquée au procureur du roi pour prendre ses conclusions. » Ayrault soutient la même thèse et réfute l'objection que le juge ne peut réunir le double office de juge et d'accusateur. « En la personne publique, dit-il, on considère un intérest qui le concerne comme bail et garde, tuteur et protecteur de la chose publique, non pas comme particulier ; de sorte que, quelque poursuite qu'il fasse, il est estimé la faire en la cause d'autrui, non en la sienne. » Et de là il tire cette conséquence : « Que l'excuse que se donnent les juges de laisser plusieurs crimes impunis, disant qu'ils n'ont point été requis ni interpelés de leur charge par partie ou procureur du roy, c'est une excuse de paresse, de connivence et de peu de zèle au public; car ils peuvent d'eux-mêmes ce qu'ils désirent et attendent d'autrui[2]. »

Ainsi donc, au seizième siècle, la partie civile, la partie publique et le juge avaient à la fois l'initiative de la poursuite; la partie civile, qui avait conservé quelque chose du rôle de l'accusateur, procédait communément à l'information et saisissait les juges; la partie publique, qui était plus souvent partie jointe que partie principale, intervenait dans la poursuite plutôt qu'elle ne la provoquait, et se bornait à peu près à requérir l'application des peines; enfin, le juge, lorsqu'il n'était pas saisi ni par la partie civile ni par la partie publique, ordonnait d'office l'information et procédait à

[1] *Prat. crim.*, liv. I, tit. 1.
[2] *Instruct. judic.*, liv. II, 1er p., n. 30, p. 115.

Digitized by Google

tous les actes de l'instruction, sauf à communiquer la procédure à la partie publique pour avoir ses conclusions. L'action publique était donc exercée par les parties lésées, par les gens du roi ou des seigneurs, et par les juges eux-mêmes.

Ces règles, que nous trouvons encore en vigueur au dix-septième siècle, furent-elles modifiées par l'ordonnance de 1670 ? Les réformes opérées par Louis XIV dans l'administration de la justice amenèrent-elles, en ce qui concerne la recherche et la poursuite des crimes, un principe nouveau, une nouvelle distribution des pouvoirs ? Examinons les dispositions de l'ordonnance relative aux parties civiles, au ministère public, et enfin aux droits des juges.

Les plaignants, lorsqu'ils se constituent parties civiles, continuent de figurer comme parties principales, même dans les procès de grand criminel; ils ne sont plus chargés de faire procéder aux informations : le droit de les ordonner et de les accomplir n'appartient plus qu'aux juges; mais les procès sont poursuivis à leur diligence et sous leur nom[1], et le ministère public n'est que partie jointe. « Dans le cas de jonction de la partie publique à la partie civile, dit Jousse, ou d'intervention de la partie civile dans un procès poursuivi à la requête du fisc, la partie civile est toujours préférée à la partie publique dans la poursuite de l'accusation; elle est aussi nommée dans tous les actes de la procédure, et ces actes se font sous son nom et à sa requête; le procureur du roi ou fiscal est seulement joint aux parties[2]. » La partie civile ne peut plus conclure à la peine, mais elle peut requérir la jonction du ministère public pour

[1] Ord. 1670, tit. III, art.

[2] *Traité de la just. crim.*, t. III, p. 71.

Digitized by Google

poser ses conclusions[1]; elle ne demande que la réparation du dommage ou de l'offense qui lui a été faite; mais si le but de son action est plus restreint, cette action se confond, dans les formes de la procédure, avec l'action de la partie publique. Elle présente requête pour obtenir du juge permission d'informer; elle fait assigner les témoins, soit pour être entendus, soit pour être récolés et confrontés[2]; on lui communique les pièces de la procédure, à l'exception des informations, qui demeurent secrètes[3], et elle fournit ses réponses et ses requêtes[4]; elle débat les exoines de l'accusé[5]; elle s'oppose ou adhère à son élargissement[6]; elle appelle des jugements incidents ou définitifs[7]; enfin sa transaction arrête la poursuite, lorsqu'il n'échet pas peine afflictive[8], et son opposition suspend l'entérinement des lettres de grâce[9].

Si les droits de la partie civile ont perdu quelque terrain depuis le seizième siècle, ceux de la partie publique ont acquis, au contraire, plus de fermeté et d'étendue. Les procureurs du roi et ceux des seigneurs sont chargés de poursuivre les prévenus de crimes capitaux ou passibles de peines afflictives[10]; ils requièrent information, et les permissions d'informer données à la requête des parties civiles sont même, en général, précédées de leurs conclusions[11]; ils font,

[1] Eod. loc., t. I, p. 667.
[2] Ord. de 1670, tit. VI, art. 1.
[3] Ord. 1670, tit. VII. art. 1; tit. XIV, art. 18; tit. XXVIII, art. 8.
[4] *Ibid.*, tit. X, art. 22.
[5] *Ibid.*, tit. XI, art. 3.
[6] *Ibid.*, tit. X, art. 22, 23 et 24.
[7] *Ibid.*, tit. XXVI.
[8] *Ibid.*, tit. XXV, art. 19.
[9] *Ibid.*, tit. XVI, art. 19.
[10] *Ibid.*, tit. XXV, art. 19.
[11] Bruneau, *Obs. sur les mat. crim.*, p. 63.

Digitized by Google

comme la partie civile ou à son défaut, assigner les témoins qu'ils veulent faire entendre [1]; les cahiers des informations leur sont communiqués [2] pour qu'ils donnent leurs conclusions; il en est de même des révélations obtenues par les monitoires [3] et des interrogatoires des accusés [4]; aucuns décrets ne peuvent être rendus [5], aucun élargissement ne peut être prononcé que sur leurs conclusions [6]; après le récolement et la confrontation, ils prennent communication du procès et donnent leurs réquisitions définitives par écrit, cachetées et dénuées de tous motifs [7]; ils ont le droit d'appeler de tous les jugements [8]; enfin leurs conclusions sont la base de toute la procédure; seuls ils peuvent conclure à l'application des peines, *ad vindictam publicam*, et ce sont eux qui surveillent l'exécution des arrêts [9].

Les juges, de leur côté, conservent la plus grande part de leurs attributions. Ils ne peuvent plus, à la vérité, continuer la procédure jusqu'à son entière instruction sans le concours de la partie publique : les conclusions de cette partie doivent précéder les décrets et les élargissements [10]; mais ils maintiennent leur droit de commencer la poursuite d'office, sans le concours d'aucune partie. On trouve ce principe parfaitement établi dans la jurisprudence du dix-huitième siècle. Jousse enseigne que : « Il n'est pas nécessaire que l'informa-

[1] Ord. de 1670, tit. VI, art. 1.
[2] *Ibid.*, tit. VI, art. 15.
[3] *Ibid.*, tit. VIII, art. 1.
[4] *Ibid.*, tit. XIV, art. 17.
[5] *Ibid.*, tit. X, art. 1.
[6] *Ibid.*, tit. X, art. 22.
[7] *Ibid.*, tit. XXIV, art. 1 et 3.
[8] *Ibid.*, tit. XXVI.
[9] Ord. de 1535, chap. II, art. 20.
[10] Ord. 1670, tit. X, art. 1 et 22; tit. VII, art. 11; tit. XIV, art. 17.

Digitized by Google

tion soit précédée d'une plainte de la partie publique, et dès qu'un délit est notoire et qu'il y en a une dénonciation faite au juge, ce dernier est en droit d'en informer par lui-même. En effet, si les juges ne pouvaient suppléer aux fonctions des procureurs du roi ou fiscaux, ceux-ci seraient entièrement les maîtres de faire ou non des poursuites et de laisser les crimes impunis [1]. » Serpillon déclare que : « Les procureurs du roi ou les juges, sous leurs noms, doivent faire la poursuite des crimes qui méritent peine afflictive ou infamante. Les juges doivent, comme les parties publiques, faire la poursuite des crimes s'ils sont constants, sans attendre les dénonciateurs. Ainsi, en cas de négligence, le juge peut d'office dresser des verbaux, ordonner qu'il sera informé et faire diligenter les témoins au nom et à la requête des parties publiques [2]. » Le savant auteur des *Éléments de la procédure criminelle* constate la même règle : « Les juges doivent agir d'office, sans attendre la plainte des parties civiles et intéressées... ; cela a lieu lors même que les procureurs du roi ou fiscaux ne feraient aucune réquisition ou ne se porteraient pas parties. » Il ajoute toutefois que cette poursuite d'office ne doit avoir lieu qu'à l'égard des crimes publics et dans les cas de notoriété, de flagrant délit et de dénonciation [3]. Ainsi, aux dix-septième et dix-huitième siècles, comme au seizième, les juges avaient le droit de poursuivre directement les crimes, sans le concours d'aucune partie. Si l'ordonnance de 1670 exigeait que la poursuite fût sous le nom de l'une des parties, ils éludaient cette disposition en plaçant leurs actes sous le nom de la partie publi-

[1] Tom. III, p. 66.

[2] *Code criminel*, tom. I, p. 414.

[3] *Éléments de la procédure criminelle suivant les ordonn. de France*, 1773, tom. I, p. 165.

Digitized by Google

que à l'insu de celle-ci, qui ne pouvait les désavouer. « Nous voyons tous les jours à l'audience, dit Jousse, les juges faire parler les procureurs du roi et rendre incidemment des ordonnances sur leurs conclusions, quoique ces derniers n'en aient pris aucune et n'aient fait aucunes réquisitions [1]. » Les assignations aux témoins étaient faites en leur nom, et ils étaient censés avoir requis eux-mêmes les actes ordonnés par les Cours [2]. Quelquefois même l'un des juges prenait, séance tenante, des conclusions pour le ministère public [3].

Ce pouvoir des juges se formulait dans cette ancienne maxime que *tout juge est procureur-général.* Le sens de cette règle était que tous les juges étaient investis de plein droit, lorsque l'intérêt public l'exigeait, des fonctions du ministère public, et pouvaient en conséquence informer d'office et sans le concours d'aucune partie. Le chancelier d'Aguesseau, dans une de ses lettres, donne à cet adage une signification moins étendue : « Je sais, dit ce magistrat, que lorsqu'il s'agit de l'intérêt public, tous les juges également obligés d'y veiller peuvent être considérés, en un sens, comme autant de procureurs-généraux ; mais cette proposition, qui est devenue une espèce de proverbe dans le palais, doit être renfermée dans ses bornes, et on ne peut en tirer que deux conséquences légitimes : la première est que les juges ne sont pas obligés de suivre les conclusions des gens du roi et d'y conformer exactement leurs décisions ; ils peuvent ou y suppléer ou en retrancher. Le second sens, dont la même proposition est encore susceptible est que... s'il arrivait que les gens du roi différassent de prendre des

[1] *Éléments de la procédure criminelle suivant les ord. de France*, 1773, tom. III, p. 67.

[2] *Ibid.*, tom. I, p. 165, à la note.

[3] Rousseaud de la Combe, 3e p., chap. XXV, n. 24, p. 851.

Digitized by Google

conclusions dans une affaire où ils sont obligés d'en donner, il serait permis à une compagnie de commettre un des conseillers pour exercer des fonctions que les gens du roi n'auraient pas voulu remplir[1]. » Ces deux conséquences étaient l'une et l'autre parfaitement exactes; mais est-il vrai que le principe n'eût aucune autre application? Il faut remarquer que cette lettre était écrite à l'occasion d'une entreprise évidente du Parlement de Rouen sur les attributions du ministère public, et comme cet empiétement se couvrait de la règle que tout juge est procureur-général, il fallait bien écarter dans cette affaire l'autorité de cette règle. Le chancelier ne l'examine qu'au point de vue de l'abus qu'il veut blâmer; il ne veut pas qu'à l'abri de cette maxime, un conseiller puisse quitter tout à coup sa fonction de juge, se transformer en procureur-général et faire un réquisitoire en cette nouvelle qualité. Mais c'est là tout ce qu'il a voulu établir; c'est la seule face que la question ait offerte à ses yeux; il ne l'a considérée que relativement à l'exercice des fonctions spéciales du ministère public, et non relativement au dépôt, dans un intérêt général, de l'action publique elle-même entre les mains des juges. Tous les légistes du dix-huitième siècle sont d'accord pour lui prêter une signification plus étendue. Le praticien le plus versé dans les usages de cette époque enseigne que « le véritable sens de ce proverbe, que tout juge est procureur-général, est que tout juge peut d'office pourvoir à la vengeance publique[2]. » Serpillon répète que : « le véritable sens de cet axiome est que tout juge est procureur-général en ce qu'il peut d'office pourvoir à la vengeance publique, suivant les ordonnances par lesquelles le juge peut

[1] *Lettre du* 11 *mars* 1730, tom. x, p. 31, lett. 23.
[2] *De la manière de poursuivre les crimes*, 319 et 320.

Digitized by Google

poursuivre d'office sans plainte [1]. » Jousse pose la règle avec plus de netteté encore : « Il est constant, et c'est un axiome qui ne souffre aucune difficulté, que les fonctions du ministère public, quant à la poursuite des crimes, résident dans les juges ; et que, par une conséquence nécessaire, les juges peuvent poursuivre la punition d'un crime et en informer indépendamment des procureurs du roi ou fiscaux [2]. Cette règle est reproduite par tous les auteurs [3].

C'était en en faisant l'application que la jurisprudence avait admis que les juges d'appel pouvaient aggraver la peine, quoique le ministère public n'eût point appelé *à minimâ*. « Il est d'usage dans les chambres de la Tournelle, dit Rousseaud de la Combe, que messieurs, en procédant au jugement du procès criminel, reconnaissant que l'accusé n'aurait pas été condamné à des peines proportionnées à son crime, quoiqu'il n'y ait point d'appel *à minimâ* de la sentence de condamnation, celui des conseillers qui opine le premier à peine plus grave, est censé interjeter appel *à minimâ* pour le procureur-général [4]. » Un autre praticien, que nous avons déjà cité, dit aussi : « Il n'est point rare que les juges de leur office augmentent la condamnation en matière criminelle, quoiqu'il n'y ait point eu d'appel *à minimâ* interjeté par le procureur du roi ou fiscal, ou même par le procureur-général avant le jugement. Et, en effet, lorsqu'il passe à la pluralité d'augmenter la peine, comme ce sont les juges qui tiennent en mains la mesure de la vengeance publique, on suppose dans ce cas des conclusions du procureur-géné-

[1] Serpillon, *Cod. crim.*, tom. II, p. 991.
[2] Tom. III, p. 66.
[3] Rousseau de la Combe, p. 351 ; *Éléments de proc. crim.*, tom. I, p. 165.
[4] 3e p., chap. XXV, n. 24.

Digitized by Google

ral : c'est ce qui fait dire communément que tous les juges sont procureurs-généraux [1]. »

Tels furent les principes qui régirent l'action publique jusqu'en 1789. En les suivant à travers les siècles, on voit qu'ils se modifièrent successivement, en reflétant assez fidèlement le principe politique qui dominait chaque époque.

A l'époque mérovingienne, le droit d'accusation n'appartient qu'aux parties lésées : ce n'est que dans quelques cas rares, exceptionnels et imparfaitement prévus par la législation, que l'on aperçoit poindre le droit de la justice à côté du droit des parties. A l'époque carlovingienne, les mêmes règles sont appliquées ; mais la poursuite d'office semble déjà prendre quelque développement. Au douzième, au treizième siècle, les parties ont conservé leur privilége ; mais la justice est parvenue à accroître le sien : le juge poursuit d'office, et sans le concours des plaignants, tous les crimes flagrants, tous ceux qui sont avoués par l'accusé ou qui ont été commis ouvertement.

Deux siècles plus tard, ces règles se sont modifiées. Les parties lésées ne sont plus investies du droit d'accusation, ou du moins elles ne l'exercent plus avec les mêmes formes; elles dénoncent, elles se plaignent, elles n'accusent pas : leur droit a passé entre les mains d'une partie publique dont les attributions sont toutefois assez confuses, et qui surveille plutôt qu'elle ne dirige la procédure. Les plaignants, en se constituant parties civiles, mettent en mouvement l'action publique, mais elles ne l'exercent plus ; elles participent à tous les actes de l'instruction, mais elles ne concluent plus à la peine. L'action publique s'est réfugiée presque tout entière entre les mains des juges, qui poursuivent d'office,

[1] *De la manière de poursuivre les crimes*, p. 319.

Digitized by Google

accusent et jugent à la fois, avec ou sans le concours des parties, et sans leur rien demander que des conclusions.

Au dix-septième et au dix-huitième siècle, les parties lésées et les juges ont vu, non pas réduire, mais circonscrire leurs attributions ; la partie publique, au contraire, agrandit les siennes; elle recherche, elle poursuit les crimes ; elle accuse, elle réunit les preuves ; elle requiert l'application de la loi ; elle est devenue partie principale dans les procès criminels ; elle représente l'intérêt social ; elle exerce non pas exclusivement, mais dans sa plénitude, l'action publique. Néanmoins, en se développant, cet élément nouveau n'a point absorbé les autres. Les parties ont gardé leur initiative, leur concours aux actes de l'instruction, leur droit de prendre des conclusions dans tous les incidents; les juges ont conservé le pouvoir de poursuivre d'office ; mais les uns et les autres ont besoin de l'intervention du ministère public pour soutenir, pour étayer leur action ; ils peuvent la commencer encore, ils ne peuvent la continuer sans lui.

Voilà les phases qu'a subies l'action publique dans notre ancienne jurisprudence. Elle est placée d'abord exclusivement aux mains des parties lésées ; puis, le mouvement social qui cherchait à fonder l'ordre public, l'entraîne peu à peu dans celles des juges: enfin, la partie publique apparaît comme une conséquence du pouvoir royal et vient l'exercer avec les parties et les juges. Ainsi elle est successivement considérée comme inhérente au droit de plainte, comme une branche du droit de justice, comme un corollaire de la souveraineté.

FAUSTIN HÉLIE.

(La suite au prochain numéro.)

Digitized by Google

REVUE DES RECUEILS ÉTRANGERS

CONSACRÉS

A LA SCIENCE DU DROIT.

Droit criminel. — Du jury. — Du droit de punir.

Le droit criminel est la matière où l'étude des législations comparées a peut-être le plus d'utilité et le plus d'intérêt. Manifestation directe de la conscience publique et réalisation immédiate de l'idée du juste dans ses termes les plus simples, les lois criminelles réfléchissent exactement la physionomie morale des peuples à tous les moments de leur histoire. Chaque évolution opérée dans les conditions générales de la civilisation s'y reproduit nécessairement ; le moindre changement, la moindre hésitation dans les mœurs réagit sur l'application des lois pénales ou même, quoique plus rarement, sur la qualification des actes punissables et sur la distribution légale des peines. Le droit criminel n'étant que la consécration et la sanction de la morale sociale, ne saurait demeurer stationnaire au milieu du mouvement progressif qui entraîne les sociétés modernes. Il n'est point susceptible de ces temps d'arrêt que l'on remarque quelquefois dans le développement des lois civiles. Le droit criminel, en effet, se compose de deux termes que la conscience publique résout toujours immédiatement : tel acte est-il ou non punissable ? Dans quelle mesure doit-il tomber sous le coup de la loi pénale ? Sur l'une et l'autre de ces deux questions, la réponse peut et doit varier suivant les temps et les lieux, suivant les doctrines religieuses ou philosophiques et les autres éléments de la civilisation d'un peuple ; mais toujours cette réponse sera claire et facile à percevoir, et le législateur devra se hâter de la revêtir de sa sanction, sous peine de provoquer ou de maintenir un grave conflit entre les

Digitized by Google

mœurs et les lois. Quant au droit civil, bien qu'il ne soit aussi dans son essence que l'expression de la conscience publique, il échappe à cette nécessaire instabilité du droit criminel. Les lois civiles, en effet, font l'application des principes du juste à des cas compliqués où mille circonstances peuvent faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre ; elles cherchent la conciliation la plus équitable entre des prétentions et des intérêts qui souvent sont fondés également en morale, et dès lors elles peuvent rester conformes aux exigences de la conscience publique, longtemps encore après que la morale sociale est entrée dans une nouvelle phase de son développement. Cette distinction caractéristique entre le droit criminel et le droit civil se traduit dans une foule de faits et d'institutions qu'il serait trop long de relever ici ; nous voulons seulement en signaler deux, parce qu'elle s'y manifeste avec une évidence toute particulière.

Pourquoi le jury est-il accepté en matière criminelle par les peuples les plus avancés, tandis que tant de bons esprits le repoussent en matière civile ? Et pourquoi, en France, a-t-on opéré en faveur du jury la plus importante délégation de souveraineté dont ait jamais été investi aucun corps judiciaire, en lui conférant le droit de réformer en quelque sorte les lois elles-mêmes par l'admission des circonstances atténuantes ? L'institution du jury ne repose-t-elle pas en très-grande partie sur l'idée que l'administration de la justice criminelle doit être dans une harmonie intime et complète avec la conscience publique ? Et la faculté de reconnaître des circonstances atténuantes n'a-t-elle pas été sanctionnée surtout afin de donner à la nation, siégeant en jury, le moyen de constater à chaque instant l'état de l'opinion au regard des lois pénales ?

Dans une matière donc où l'opinion et les mœurs publiques ont une si grande puissance, il sera toujours utile de recueillir tout ce qui pourra être de nature à éclairer les esprits, à les détourner des erreurs où ils pourraient s'égarer, et à les confirmer dans le respect des principes et des institutions fondés sur la justice et sur la vérité. Sous ce rapport, l'on ne saurait mécon-

Digitized by Google

naître l'intérêt qui se rattache à l'étude du droit criminel dans les pays étrangers. Et ici nous entendons parler non-seulement de la connaissance des textes et du mouvement législatif, mais encore des théories et des controverses agitées sur les questions fondamentales de la matière. Nous nous attacherons à remplir cette tâche dans la mesure de nos forces, en consacrant au droit criminel, plus souvent que nous ne l'avons fait jusqu'ici, une partie de la place réservée pour cette Revue des recueils étrangers.

Dans un précédent article[1], nous avons entretenu nos lecteurs de la vive polémique engagée en Allemagne sur les bases de la procédure criminelle. Trois questions surtout ont été débattues; trois institutions françaises ont été réclamées avec instance d'un côté, et de l'autre repoussées obstinément : la publicité des débats criminels, le ministère public, le jury. La discussion sur les deux premières questions peut être considérée comme épuisée : les théoriciens se sont prononcés avec une remarquable unanimité pour ces deux institutions, et les lois de plusieurs États de la Confédération les ont déjà sanctionnées. Nous n'insisterons pas sur cette partie du débat qui, dans ses termes généraux et abstraction faite des critiques de détail dirigées non sans raison contre notre système d'instruction criminelle, n'a guère d'intérêt pour nous. En effet, si quelques voix se sont élevées tout récemment encore dans notre pays contre la publicité des débats criminels, elles ont expiré sans écho, et ce serait peine perdue de chercher à affermir par le tableau des efforts faits à l'étranger pour conquérir cette institution et celle du ministère public, l'empire qu'elles n'ont jamais perdu dans l'opinion publique de la France.

Mais il n'en est pas de même peut-être du jury. Le jury est fréquemment encore l'objet de critiques directes ou détournées. Ces critiques sont en général imméritées, suivant nous; elles ont le tort de reprocher à l'institution elle-même les imperfections de son organisation actuelle; mais elles sont répétées assez

[1] Voy. *Revue de législation*, t. XX, p. 374.

Digitized by Google

souvent pour pouvoir faire chanceler l'opinion sur la plus importante réforme que les progrès de la civilisation aient introduite dans l'administration de la justice criminelle. Il ne sera donc pas inutile de dire quelques mots de la controverse soulevée en Allemagne au sujet du jury. Un nombre infini d'articles, de brochures et de volumes ont été écrits sur la matière : la question théorique et la question historique ont été étudiées sous toutes leurs faces. Nous n'entrerons pas dans le détail des considérations développées de part et d'autre. Nous voulons seulement signaler un fait et un argument théorique qui nous paraissent dignes de remarque. Le fait, c'est que le parti constitutionnel en Allemagne s'est prononcé en très-grande majorité en faveur du jury. Ce fait, qu'il serait trop facile d'expliquer, porte avec lui un enseignement qui, nous l'espérons, ne sera point perdu pour la France. Quant à l'argument théorique, le voici tel que nous le trouvons dans un excellent travail publié par M. Woringen, professeur à Fribourg, sur quelques-uns des ouvrages où la question a été agitée [1].

« Si les anciennes lois criminelles, dit-il en substance, ne permettaient de condamner un accusé qu'autant qu'il aurait avoué son crime ou en aurait été convaincu, et si elles excluaient la preuve par indices, ce n'est point, comme on l'a avancé, parce qu'elles admettaient la torture, de telle sorte que, la torture disparaissant, cette règle étroite a dû disparaître également. Il faut être totalement dépourvu du sens historique pour s'attacher ainsi, dans le développement des institutions, aux choses extérieures et contingentes, au lieu de signaler la cause intime, le principe qui règle et dirige tous les détails. Il ne serait point très-difficile cependant de dire la raison qui a fait rendre cette disposition. C'est en effet un axiome sacré et fondamental, que le sujet ne peut condamner le sujet, que l'homme ne peut juger l'homme. Sans doute, l'homme en soi peut juger son sem-

[1] Kritische Jahrbücher für D. Rechtswissenschaft (*Annales critiques de la Jurisprudence allemande*), 1845, deuxième livraison.

Digitized by Google

blable; mais la société ne saurait exécuter ce jugement sans se dégrader, sans se rabaisser au rôle d'instrument. L'État seul, l'*objectivité* peut condamner. Or, la règle précitée relève les circonstances qui entraîneraient nécessairement le jugement de l'*objectivité*, de la société, si elle pouvait être appelée à se prononcer : elle constitue une preuve investie de toute la certitude que peut avoir une institution humaine. Mais comment faire dans le nombre infini de cas où cette preuve ne pouvait être obtenue? Pour y suppléer, l'on recourut à la torture ; l'on demanda à la violence, à la douleur, un aveu apparent, sacrifiant ainsi aux nécessités de la répression, le principe même consacré par la loi. La torture ne pouvait remplir son objet que très-imparfaitement. Elle fut supprimée; mais l'esprit inquisitorial appliqué à l'obtention de l'aveu, demeura dans la pratique des tribunaux et montra tout ce qu'il y avait de défectueux dans le système. Assez puissant pour tourmenter, sans l'être assez pour punir, le juge prenait, dans l'usage ordinaire de ce mode de procéder, des habitudes de dureté et d'astuce qui le rendaient odieux. D'un autre côté, la loi pénale se brisait impuissante contre l'obstination des accusés, et la répression était inefficace. De là un mécontentement général contre ces vices du système. L'on crut trouver un remède dans la preuve par indices. Nouvelle erreur qui renversait dans sa base le principe même de toute législation criminelle! Ce système en effet donne au sujet, à l'homme, la juridiction sur l'homme; il fait de l'*objectivité*, de l'Etat, l'instrument et le serviteur docile du juge criminel. En vain s'épuisa-t-on en arguties et en subtilités pour échapper à cette conséquence. L'on imagina dix systèmes différents pour élever la preuve par indices au rang de preuve objective; mais tous devaient échouer et ils échouèrent. Sans doute il n'est pas impossible que la raison générale soit convaincue par les indices; mais le juge ne peut proclamer cette conviction. Peu importe en effet qu'il déclare que telle chose est vraie suivant sa propre raison, ou suivant la raison générale, si cette dernière appréciation est abandonnée à sa raison individuelle. Ainsi de

Digitized by Google

deux choses l'une : ou bien il faut revenir à la règle étroite des anciennes lois criminelles, ou bien il faut donner un organe à la raison générale, à l'objectivité, et recueillir son jugement. Son droit pour porter la sentence, c'est le fait même de son existence, le fait qu'elle est devenue l'État. Or, le jury est le représentant, l'organe de l'objectivité : c'est là sa légitimité. »

Les observations qu'on vient de lire nous paraissent donner à l'institution du jury un fondement théorique très-solide. Elles ajoutent, ce nous semble, la sanction de la démonstration logique aux considérations politiques plus ordinairement invoquées en France. Soit, en effet, que l'on se place sur le terrain philosophique, ou que l'on adopte pour point de départ, l'idée politique de la souveraineté, il est impossible de ne pas reconnaître que le jury a dû trouver place dans les institutions, du moment que la nation a ressaisi ses droits, du moment qu'*elle est devenue l'État*. Il y a là une nécessité logique à laquelle l'esprit est forcé de se soumettre et que les lois ne sauraient longtemps refuser de sanctionner. Quant à la pratique, l'administration de la justice criminelle dans les pays où le jury fonctionne depuis un certain temps, justifie complétement cette institution, et les hommes impartiaux, nous n'en doutons pas, seront d'accord avec le savant professeur de Fribourg, quand il dit à la suite du même article : « Une étude approfondie et consciencieuse m'a fait trouver dans les procès La Roncière, Lafarge et Besson, des exemples éclatants de la manière dont les débats devant le jury et la saine appréciation des incidents de la cause par les jurés ont fait triompher la vérité, malgré les fautes de l'instruction préparatoire et malgré les machinations des parties qui, très-certainement, auraient fourvoyé dans d'inextricables ténèbres un tribunal allemand procédant d'après le mode généralement usité en Allemagne. » Ce n'est pas à dire que l'administration de la justice criminelle en France soit de tout point irréprochable, et que le jury rende dans tous les cas bonne justice ; mais les imperfections que l'on est en droit de reprocher à notre système de répression pénale tiennent, les unes aux vices de l'organisation actuelle du jury, les autres

*

Digitized by Google

aux défauts de l'instruction préparatoire. Nous aurons peut-être l'occasion de revenir quelque jour sur ce dernier point qui a été, de la part des criminalistes allemands, l'objet de critiques nombreuses et trop souvent méritées ; mais quant à présent, nous nous contenterons de dire quelques mots de l'organisation du jury. C'est là, sans contredit, la plus importante et peut-être la seule question qui puisse encore s'agiter chez nous au sujet du jury. Elle a également préoccupé beaucoup les jurisconsultes allemands ; mais, nous devons le dire, nous n'avons pas rencontré à cet égard dans leurs écrits les aperçus nouveaux que nous en attendions. Presque tous se sont contentés d'exposer l'organisation existante en France et en Angleterre, et de se prononcer pour l'un ou l'autre système par des raisons plus ou moins concluantes, sans se demander s'il n'y aurait pas une combinaison nouvelle qui, en conservant au jury son caractère de représentant de la nation, corrigerait les imperfections trop réelles de sa composition actuelle. Ces imperfections cependant sont palpables, et il est impossible de ne pas en être frappé.

De toutes les combinaisons imaginées pour l'organisation des pouvoirs publics, la plus imparfaite et celle qui présente le moins de garantie, c'est assurément la voie du sort ; et pourtant le sort est l'un des agents qui concourent, chez nous, à la formation du jury. L'autre agent, on le sait, c'est, en Angleterre comme en France, un magistrat qui n'a point qualité pour cette importante fonction, par la raison qu'il ne possède ni directement ni indirectement une délégation de la souveraineté. Le jury, représentant et organe de la nation, doit sortir de la nation, et c'est là le point de vue où l'on s'est placé et où l'on s'est maintenu plus ou moins fidèlement dans la formation des listes générales ; mais l'on ne voit point pourquoi, dans un système politique où la représentation à tous les degrés est fondée sur l'élection, l'on a réservé pour le jury la désignation par le sort, en corrigeant le hasard par l'intervention d'un fonctionnaire de l'ordre administratif. Le jury *élu* pourrait seul, ce nous semble,

Digitized by Google

prévenir les vices pratiques de l'organisation actuelle, tout en conservant tous les caractères théoriques de l'institution. Ce système a été pratiqué sous la Révolution, en ce qui concerne les crimes politiques : les représentants de la nation élisaient les jurés; mais l'on conçoit que ce mode serait impraticable pour la formation de tous les jurys départementaux. Récemment l'on a demandé que la désignation des jurés fût remise aux Cours royales; mais ce système ne laisse pas au jury son vrai caractère : ainsi désigné, le jury ne serait plus à aucun titre le représentant de la nation, et dès lors il n'aurait plus de raison d'être. M. Faustin Hélie, dans un beau travail publié par la *Revue de législation* [1], a proposé de renoncer entièrement au système du choix. Il pense qu'on arriverait à une réforme satisfaisante de l'organisation actuelle du jury, en faisant dans les listes générales une plus large place à l'intelligence constatée, et surtout en agrandissant la sphère d'action du droit de récusation ; mais ce système rencontrerait, ce nous semble, une grave difficulté d'application dans le déplacement qu'il imposerait à un grand nombre de personnes. D'ailleurs, en élargissant l'exercice du droit de récusation, l'on arrive bien, nous l'avouons, à diminuer les chances d'une mauvaise composition du jury; mais le hasard est parfois obstiné, et les intérêts engagés dans une affaire criminelle sont trop importants pour qu'on puisse s'en remettre à un coup de fortune. Il nous semble donc que le droit de récusation, quelque libéralement qu'on l'admette, ne saurait prendre la place du choix. Dans ces conditions, la désignation du jury par le corps électoral nous paraît être la meilleure solution de la difficile question que nous examinons dans ce moment. Au surplus, nous n'émettons cette idée qu'avec l'extrême réserve qui nous convient à tous égards, et nous la soumettons au jugement des hommes mieux en état que nous de décider si elle est aussi exacte qu'elle nous le paraît, ou si au contraire elle renferme

[1] Voy. t. xv, p. 325.

Digitized by Google

quelque erreur théorique ou pratique qui aurait échappé à notre inexpérience dans ces matières.

Rentrant maintenant dans notre rôle de rapporteur, nous donnerons l'analyse d'un travail de M. Berner, inséré dans l'une des dernières livraisons des *Archives du droit criminel*[1]. Cet article a un titre assez compliqué, dont voici la traduction littérale : *Essai d'une exposition phénoménologique des théories pénales présentées jusqu'ici* et *conciliation rationnelle des théories relatives avec la théorie absolue.* Il pourra être rapproché utilement de *l'Esquisse historique des théories allemandes sur le fondement légal et le but de la punition*, qui a été donnée par M. Pistor, dans l'un des premiers volumes de la *Revue de législation*[2]. Nous demandons grâce à l'avance pour les néologismes que nous serons forcé de commettre pour rester fidèle à la langue philosophique de M. Berner; nous en serons aussi sobre que possible.

Le titre même du travail que nous analysons demandait une explication; voici en résumé celle que donne l'auteur. L'on a souvent présenté la diversité des théories sur la base du droit pénal comme une preuve de notre impuissance à établir scientifiquement le droit de punir et la mesure des peines. S'il en était ainsi, il ne nous resterait plus qu'à nous traîner aveuglément sur les traces de nos devanciers, renonçant tout d'abord à toute initiative. Si en effet nous ne voulons condamner à l'avance nos propres travaux; si nous prétendons nous rapprocher du but plus que l'ont fait nos prédécesseurs immédiats, nous sommes obligés d'admettre que ceux-ci, à leur tour, avaient dépassé leurs devanciers, et qu'il y a eu, dans la succession des théories pénales, marche ascendante et progrès continu. Telle est la démonstration qui ressortira du tableau de ces systèmes tracés d'un autre point de vue que celui où l'on se place ordinairement pour les

[1] *Archiv des Criminalrechts*, revue publiée par MM. les professeurs Abegg, Birnbaum, Heffter, Mittermaïer, Wæchter et Zachariæ. — Halle, 1845, première livraison.

[2] Voy. t. II de l'ancienne collection, p. 420.

Digitized by Google

décrire et pour les juger. Ce tableau ne sera pas la classification des théories pénales ; il en sera la *phénoménologie*, c'est-à-dire il montrera en quoi chaque théorie nouvelle est un progrès vis-à-vis de sa devancière, comment elle réfute celle-ci dans l'un de ses points essentiels et la renverse, pour être réfutée et renversée à son tour par un autre système moins imparfait encore. Considérée ainsi par son côté négatif, chaque théorie nouvelle constitue celle qui l'a précédée à l'état de doctrine dépassée, d'apparition passagère, de *phénomène*. Nous devrons à cette méthode l'avantage de n'avoir point à signaler tous les vices de chaque système ; car toute théorie nouvelle réfutant par elle-même sa devancière dans l'un de ses principes, nous n'aurons toujours à relever, dans l'examen critique des différents systèmes, que le point sur lequel ils se détruisent l'un l'autre. Par ce procédé nous n'en aurons pas moins signalé tous les vices essentiels des théories que nous passerons en revue.

Encore une observation préliminaire. Notre exposition, basée sur le développement intime du principe du droit pénal, coïncidera en général avec la succession chronologique des systèmes. Cependant cette coïncidence n'est pas absolument vraie en fait, ni absolument nécessaire en logique ; car le développement scientifique est, plus encore que le développement individuel, sujet à ces revirements qui, après un progrès accompli, font souvent faire plusieurs pas en arrière.

Dans le classement des théories pénales nous commencerons, comme de raison, par la théorie la plus *relative* pour aboutir à la théorie absolue ; car c'est précisément dans cette marche du relatif à l'absolu que consiste le progrès. Par théorie relative, nous entendons d'ailleurs tout système qui donne au droit pénal et à la distribution des peines un fondement quelconque autre que la nature même de la peine. D'après cela, l'on peut résumer comme il suit la progression des théories pénales.

I. Théorie pénale fondée sur les rapports de la peine avec d'autres que le coupable lui-même. (Système de l'intimidation.)

Digitized by Google

II. Théorie pénale fondée sur les rapports de la peine avec le coupable lui-même.

A. Théories qui ont en vue les crimes futurs du coupable.

(a) Moyennant l'*application* de la peine.

1. Théorie de l'amélioration.

2. Théorie de la défense.

3. Théorie de la *prévention* (Prævention's-theorie).

(b) Moyennant la *menace* de la peine.

1. Théorie de la contrainte morale.

2. Théorie de l'avertissement (*Warnungs-theorie*).

B. Théories qui ont en vue le crime déjà commis par le coupable. Cette catégorie comprend les systèmes qui considèrent le crime comme la réparation d'un préjudice idéal.

La théorie de l'intimidation, si généralement admise autrefois, occupe le dernier degré dans ce tableau, parce qu'elle ne considère la punition du coupable que comme un moyen pour effrayer les autres. Ce fut un progrès considérable de fonder la théorie pénale en vue du criminel lui-même, et ce service fut rendu à la science par les systèmes énumérés sous le n° II, lit. A. Mais tous ces systèmes ont un vice commun qui consiste à rapporter le droit de punir et la mesure des peines aux crimes futurs du coupable. De toutes les théories de cette classe, la plus imparfaite est celle de l'amélioration; à vrai dire, elle ne donne pas même à la peine un fondement juridique. La théorie de la défense n'a point non plus de valeur propre; elle n'est qu'une transition et un acheminement au système de la prévention, dans lequel elle se résout par ses propres conséquences. Il est bien évident, en effet, que les conditions de la légitime défense n'existent pas en cas de crime, puisque la légitime défense suppose un péril à écarter, et le crime un préjudice déjà produit : la doctrine de la défense ne peut donc tendre qu'à *prévenir* les crimes futurs. Quant au système de la *prévention*, défendu par Grolmann, l'auteur de la théorie de la contrainte morale, Feuerbach, a fait remarquer avec raison qu'il ne prévenait un crime futur

Digitized by Google

qu'autant qu'un autre crime aurait été commis, et qu'il restait sans application au premier crime. Mais c'est le premier crime qu'il faudrait empêcher : dès lors il est évident que le crime futur ne saurait donner un fondement juridique à la peine. Néanmoins Feuerbach ne dégagea pas entièrement cette conséquence logique de sa propre réfutation : il continua de donner à la peine le but de détourner des crimes futurs; mais au lieu de chercher, comme ses devanciers, la réalisation de ce but dans l'application de la peine, il la trouva dans la menace édictée par la loi pénale. L'application de la peine, dans ce système, doit toujours se rapporter au crime actuel et trouver en lui seul sa justification : tel est le progrès important accompli par Feuerbach. Mais indépendamment du vice radical que nous venons de signaler, sa doctrine renferme plusieurs défauts que celle de l'*avertissement*, imaginée par Bauer, a signalés et évités. Suivant cette dernière théorie, Feuerbach a raison quand il dit que le droit pénal a pour but de détourner des crimes futurs moyennant la menace d'un mal physique; mais il a tort en ce qu'il considère trop l'homme comme un être matériel, déterminé fatalement, renversant ainsi dans sa base la doctrine de l'imputation. D'un autre côté, en donnant pour fondement à la mesure des peines, la menace légale, l'on arriverait forcément à une pénalité atroce; car la menace ne saurait effrayer qu'autant que la peine serait énorme. Enfin, ce système ne fournit aucune mesure pour la punition des délits où il n'y a que simple faute, sans *dolus*.

La théorie de l'avertissement, comme celle de la contrainte morale, donne pour but à la loi pénale de détourner les citoyens du crime par la menace de la peine; mais elle veut que la peine soit appliquée comme conséquence juridique de la menace et sans tenir compte du but de l'intimidation. De cette manière, suivant Bauer, la peine serait un acte pur de la justice et aurait par conséquent un caractère absolu. Relatif en ce qui concerne la loi pénale, et absolu en ce qui concerne la condamnation, ce système, dans la pensée de son auteur, éviterait

Digitized by Google

ce qu'il trouve d'incomplet dans les théories purement absolues ou purement relatives. Mais dire que la condamnation est chose *absolue*, n'est-ce pas dire en d'autres termes qu'elle est son but à elle-même ? Et que devient alors l'avertissement, base de tout le système ? En vain dit-on que la condamnation en soi n'est rapportée à aucun but, qu'elle n'est que la conséquence de la culpabilité : car quelle est, dans ce système, la base de la culpabilité elle-même ? Le danger : de telle sorte que si la condamnation doit équipoller à la culpabilité, elle a nécessairement pour but l'éloignement du péril. Mais, dit Bauer, la théorie absolue a aussi un but, à savoir la *compensation* (*vergeltung*). Vaine chicane de mots ; car suivant la théorie absolue, la peine elle-même constitue la compensation. Par conséquent, dire que la peine a pour but la compensation, c'est dire qu'elle est son but à elle-même. D'un autre côté, quelle mesure le danger peut-il donner à la peine ? N'est-il pas évident qu'aucun coupable ne saurait être tellement dangereux que l'État ne puisse se préserver de ses atteintes en le tenant renfermé dans une prison bien pourvue de toute espèce d'agréments ? Et qui conseillerait un pareil régime pénitentiaire, dût le coupable faire lui-même les frais de l'établissement ? Fonder la peine sur le péril, c'est toujours punir non le crime commis, mais un crime que le coupable pourrait commettre à l'avenir ; car un crime une fois commis n'est plus un danger, c'est une lésion déjà faite : si donc on parle d'un danger qui serait inhérent au crime lui-même, indépendamment du criminel, ce ne peut être autre chose que ce que les théories de l'expiation ou de la réparation appellent le préjudice idéal. Ces dernières théories ont accompli la série des systèmes relatifs. Elles sont les derniers échelons que le développement logique de la pensée a dû traverser pour arriver à la théorie absolue.

Suivant Klein, premier auteur de la théorie de la réparation, tout criminel fait naître par son crime, dans les autres membres de la nation, la tentation de commettre un acte analogue : tel est le dommage qu'il doit réparer en se soumettant à la peine, afin que la crainte du châtiment soit équipollente à la tentation. Ce

Digitized by Google

simple énoncé suffit pour donner la date de ce système : il est le contemporain des théories préventives. Sans doute, en donnant pour fondement à la peine le dommage idéal produit par le crime, il la rapporte au crime présent ; mais ce dommage idéal, il ne le comprend qu'au point de vue du danger à venir ; par là, il retombe en grande partie dans le vice des systèmes que nous avons examinés en dernier lieu. Welcker a perfectionné cette théorie, en donnant au préjudice idéal un caractère moins spécial que celui imaginé par Klein ; de son point de vue, la peine n'a pas moins de sept buts ou motifs différents. Le progrès important et incontestable, accompli par ces théories, c'est d'avoir rapporté la peine au crime *actuel* du coupable *actuel ;* mais elles sont encore infectées d'un vice qui, une fois signalé et reconnu, entraîne l'abandon de tous les systèmes relatifs. Ces théories font consister le crime dans le dommage idéal, tandis que ce dommage n'est que la conséquence du crime : elles font consister la peine dans la réparation du préjudice idéal, tandis qu'elle devrait être la réparation du crime lui-même, de telle sorte que, suivant ces théories, la peine, en frappant le coupable, a en vue non le crime, mais ses conséquences. Elles commettent ainsi la même faute que toutes les théories relatives ; toutes en effet ont le tort de considérer la peine comme un moyen plus ou moins indispensable pour atteindre à un but plus ou moins nécessaire et juste en soi. C'est là une très-grave erreur ; car la fin ne pouvant justifier le moyen, la justice du but ne saurait démontrer la justice de la peine.

Si, au contraire, l'on considère la peine comme légitime en et par elle-même, l'on n'a plus à s'occuper de lui trouver un but ; car le juste est à lui-même sa fin et son but ; il est une chose absolue. L'idée de l'utilité, du but de la peine, est sans doute exacte jusqu'à un certain point, mais passé ce point, elle est absurde. Que l'on remonte aussi haut que l'on voudra, que l'on recule aussi loin que possible, il faudra toujours en arriver à un terme qui ne soit plus le moyen d'aucune fin, qui soit sa fin à lui-même. L'idée morale, le juste, est ce terme

Digitized by Google

suprême, et par conséquent la peine, si l'on veut la donner comme juste en soi, ne saurait être subordonnée à la nécessité d'un but.

On peut concevoir autant de théories relatives que l'esprit peut imaginer de buts divers à la punition; mais la théorie absolue est, de sa nature, unique, et la diversité ne peut naître que sur la manière de la comprendre. Le terme de la marche progressive de ces interprétations a été atteint, suivant M. Berner, par la théorie de Hegel. On sait que la théorie absolue s'est réalisée, avec sa grossièreté native, dans la loi du talion. Kant, tout en perfectionnant ce système, a encore tenu trop de compte des résultats extérieurs de la peine, et Henke a posé peut-être un principe trop peu pratique, quand il a dit que le coupable est puni exactement comme l'exige son crime, lorsque la peine a produit son amélioration. Tous ces systèmes ont été analysés dans l'article de la *Revue de législation* que nous avons cité au commencement de notre travail; mais la théorie de Hegel est postérieure; il faut en dire quelques mots. Elle peut se formuler en ces termes : le crime en soi est néant; il est néant en ce sens qu'il prétend détruire le droit indestructible; le crime est manifesté dans ce néant radical par la peine, c'est-à-dire il est anéanti. La peine est donc la négation de la négation; en d'autres termes, elle est affirmation; elle affirme le droit. Comme suivant Kant, la peine, dans le système de Hegel, est la compensation (*vergeltung*) du crime; mais la théorie nouvelle efface jusqu'à la dernière trace du talion, en faisant entrer dans l'idée de la compensation l'idée de la valeur. Elle accomplit, en un mot, dans la théorie pénale une révolution analogue à celle qui s'est opérée dans le droit civil par la substitution de la vente à l'échange. Insistons sur cet exemple qui éclaircira mieux la pensée de M. Berner.

La substitution de la vente à l'échange est un fait universel, et ce fait est une conséquence nécessaire du progrès des idées. L'essence de l'échange, c'est que deux choses différentes en qualité soient données l'une pour l'autre; mais, entre deux choses

Digitized by Google

de qualité différente, il n'existe aucun point de comparaison. Que l'on donne un cheval pour un meuble quelconque, l'on ne trouvera dans la nature de ces objets aucune raison pour décider que l'un est l'équivalent de l'autre. C'est donc une mesure cachée, un terme de comparaison idéal qui sert de base à l'échange. Ce terme de comparaison commun aux deux objets et en dehors de tous les deux, c'est l'idée de la valeur, et la valeur a pour expression visible, réelle, l'argent. Tous les objets dénommés diversement peuvent être rangés sous la dénomination de l'argent. L'argent est donc le dénominateur commun à toute chose, la chose absolument générale, la valeur palpable et réalisée. Dans l'échange, la valeur se présente comme un terme de comparaison idéal entre les deux objets ; dans la vente, elle se présente comme chose réelle, livrée en retour d'une chose spécifiée. C'est donc l'idée de la valeur qui sert de fondement à la substitution de la vente à l'échange. Dans le même sens, l'on dit que le coupable doit recevoir la peine que vaut son crime : la peine est une juste rétribution, en ce qu'elle paye au coupable la valeur de sa faute, en ce qu'elle lui donne ce qu'il a mérité.

Ce n'est pas à dire que les théories relatives ne doivent aucunement entrer en ligne de compte. Elles ont également une valeur, mais une valeur relative. L'administration de la justice criminelle, il ne faut pas l'oublier, est une institution juridico-politique. Et comme la politique en général poursuit l'utile, et qu'elle doit le poursuivre dans les limites du juste, la science doit réserver une place aux théories relatives qui, dans le système de la répression pénale, représentent le côté politique. Cette influence réservée aux théories relatives agira sur la mesure des peines, et la juste part qui leur revient peut être déterminée par l'idée même de la mesure analysée dans les éléments qui la composent. La mesure est l'unité de la qualité et de la quantité ; c'est la qualité déterminant la quantité. Ainsi, pour qu'il y ait un troupeau, il faut une certaine quantité de bêtes, de bétail ; pour que l'eau perde sa qualité et se change en vapeur,

Digitized by Google

il faut une certaine quantité de calorique. De même l'idée qualitative de la compensation doit être attachée à une certaine quantité de douleur physique pour donner la juste peine; et la peine change de nature, elle devient vengeance ou connivence, si la quantité déterminée par l'idée de la compensation est dépassée ou n'est pas atteinte. Mais il est de l'essence de la mesure de ne pas poser à la quantité un terme absolu; elle laisse toujours une certaine marge, dans laquelle la quantité peut augmenter ou diminuer sans que la qualité change. Ainsi, l'on peut d'un troupeau ôter successivement plusieurs têtes de bétail sans que le troupeau cesse d'exister; ainsi encore l'eau demeure eau jusqu'à 80 degrés de calorique. Mais toujours l'on arrive à un point où la quantité ne saurait être modifiée sans que la qualité le fût également. De même la peine peut rester exacte compensation, c'est-à-dire juste peine, alors même que la quantité de douleur physique serait un peu plus forte ou un peu plus faible; mais il existe un point qu'on ne saurait dépasser, sans que la conscience publique fût blessée et repoussât telle peine comme trop forte ou trop bénigne, et par conséquent comme injuste. Conformément à cette idée de la mesure, bien que d'un point de vue différent, les lois positives ont fixé à la peine un maximum et un minimum. Dans ces limites donc, les théories relatives peuvent intervenir, sans violer en rien l'idée spéculative de la peine. De même que la politique est légitime dans les limites du juste, de même la peine peut et doit se proposer le but d'améliorer le coupable, d'assurer la tranquillité publique, etc.; elle peut même, en vue de ces divers buts, être augmentée ou diminuée, mais toujours autant que le permet la justice, la mesure absolue de la peine. En résumé, la théorie absolue est le vrai fondement de la mesure des peines; elle en donne les limites extrêmes; mais, dans ces limites, les théories relatives peuvent intervenir, et interviennent toujours. Et comme cette intervention donne à la peine sa mesure exacte et précise, des observateurs superficiels ont pu se laisser aller aisément à supposer qu'en elle se trouvait le fondement même de la peine. C'est

Digitized by Google

une erreur; et l'étude réfléchie de l'histoire montre que toujours la conscience publique a réglé la peine d'après le sentiment du juste et d'après l'idée de la compensation. Seulement, cette idée ne donnant que les limites extrêmes de la pénalité, la peine a pu augmenter ou diminuer, pour se tenir au niveau de ce qu'exigeait la tranquillité publique; et c'est pour cela que partout les peines ont été d'autant plus rigoureuses que l'ordre public était moins assuré.

V. Chauffour,
Docteur en droit.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE CIVILE [1].

MARIAGE, INTERDIT, COLLATÉRAUX, CONVENTIONS MATRIMONIALES.

(Arrêt de rejet du 12 novembre 1844, au rapport de M. le conseiller Mestadier. — Voy. M. Dalloz, R. P., 1845, 1, 98, et MM. Devilleneuve et Carette, 1845, 1, 246).

La Chambre des requêtes a rendu, le 12 novembre 1844, un arrêt remarquable moins encore par la solution qu'il renferme que par les motifs de cette solution.

Il s'agissait d'apprécier la disposition de l'art. 184 du Code civil qui admet *tous ceux qui y ont intérêt* à attaquer un mariage, et de décider si cet article est limitatif, en ce sens qu'en dehors du cas qu'il prévoit, des collatéraux ne soient pas recevables à demander la nullité du mariage de leur parent, après la mort de celui-ci. Le mariage, dans l'espèce, avait été contracté par un interdit et durant les causes de l'interdiction : la question était donc de savoir si les collatéraux de l'interdit devaient être admis à faire prononcer la nullité de ce mariage.

La question peut se présenter et s'est présentée, en effet, sous deux aspects différents ; et cela se comprend très-bien si l'on se demande quel est l'intérêt que peuvent avoir des collatéraux à attaquer, après la mort de leur parent, le mariage que ce dernier avait contracté. Évidemment des collatéraux qui forment contre le mariage de leur parent l'action en nullité agissent moins dans un intérêt public que dans leur propre intérêt. Si donc il

[1] L'abondance des matières contenues dans la dernière livraison nous a forcés de scinder la Revue critique de la jurisprudence en matière civile. Nous donnons aujourd'hui le complément de cette Revue, dont la première partie a été insérée dans notre précédente livraison, p. 90 et suiv.

Digitized by Google

leur importe quelquefois d'attaquer le mariage lui-même pour faire tomber avec lui des effets civils qui leur seraient préjudiciables, comme, par exemple, s'il est né des héritiers directs, dont les droits effaceraient les leurs, à eux collatéraux, parfois aussi, et le mariage étant demeuré stérile, ce sont les conventions matrimoniales seulement qu'il leur importerait de faire tomber, spécialement dans le cas où ces conventions renfermeraient une libéralité faite par leur parent à son époux.

On trouve dans les monuments de la jurisprudence des décisions intervenues sur l'une et sur l'autre situation. Un arrêt du 28 décembre 1831 [1] statue sur l'action formée par des collatéraux qui, divisant les conventions matrimoniales et le mariage, s'étaient bornés à attaquer les premières. D'autres arrêts, et en assez grand nombre [2], ont statué sur l'action dirigée par des collatéraux contre le mariage lui-même; mais la solution intervenue n'a pas été la même dans l'un et dans l'autre cas. Tandis que l'action des collatéraux a été accueillie dans le premier, elle a été, au contraire, formellement écartée dans le second; d'où l'on pourrait conclure que, dans un mariage, le sort du contrat ne se règle pas par le sort de l'union et que la protection qui place le mariage à l'abri de l'action intéressée des collatéraux, ne s'étend pas jusqu'au contrat.

Nous n'avons pas à nous préoccuper ici de cette distinction. L'arrêt que nous signalons à l'attention des jurisconsultes est rendu dans une espèce où c'est le mariage lui-même qui était attaqué par les collatéraux; et, par ce motif, nous n'avons pas à rechercher ce qu'aurait dû être la solution si ces collatéraux, divisant leur action à l'exemple de ceux qui étaient en cause dans l'espèce jugée en 1831, se fussent bornés à critiquer les conventions

[1] Voy. MM. Devilleneuve et Carette, 1832, 1, 358; et Dalloz, *Rec. pér.*, 1832, 1, 28.

[2] Voy. notamment cass., 9 janv. 1821, 5 et 12 nov. 1839, et 18 août 1841; Devilleneuve et Carette, 21, 1, 157; 39, 1, 822 et 826; 41, 1, 872; et Dalloz, 21, 1, 113; 39, 1, 369; 40, 1, 16; 41, 1, 338.

Digitized by Google

matrimoniales. Qu'il nous suffise seulement d'indiquer que ce dernier arrêt a été rendu sur des faits qui avaient précédé le Code civil, et que, par conséquent, la cause a dû être jugée, et l'a été en effet, sur des données auxquelles le Code civil n'était pas applicable. Nous ajouterons ensuite que dans une dissertation remarquable dont les lecteurs de cette Revue ont certainement gardé le souvenir[1], un jurisconsulte éminent, M. Troplong, a établi d'une manière irrécusable qu'aujourd'hui l'on trouverait dans les art. 174 et 184 combinés avec l'art. 503 du Code civil, les éléments d'une doctrine différente de celle que l'application des anciens principes a fait prévaloir dans l'arrêt de 1831.

Sous l'autorité de cette étude savante à laquelle nous n'essayerons assurément pas d'ajouter, nous abordons directement la question spécialement résolue par l'arrêt que nous signalons à l'attention du lecteur.

Rappelons la disposition si énergique dans sa concision de l'art. 146 du Code civil. « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. » Nous en conclurons, sauf à justifier plus tard cette conclusion contre l'assertion contraire et fort inattendue que l'on trouve dans l'arrêt même dont nous nous occupons ici, nous en conclurons, quant à présent, que le mariage de l'interdit pour cause de démence est affecté d'un vice susceptible de le faire annuler.

Mais lorsque l'insensé est mort sans avoir réclamé, ses héritiers collatéraux peuvent-ils encore demander la nullité? Fidèle à la doctrine qu'elle avait consacrée dans ses arrêts précités de 1821, 1839 et 1841, la Cour de cassation se prononce encore dans le sens de la négative par son arrêt du 12 novembre 1844. Malgré quelques dissidences[2], cette doctrine se produit avec une telle autorité de raison qu'on y peut difficilement résister.

[1] Voy. t. XXI, p. 53 et suiv.

[2] V. MM. Vazeille, *du Mariage*, t. I, p. 370, et Magnin, *des Minorités*, t. I, n° 159.

Digitized by Google

Le mariage, comme l'a très-bien dit la Cour de cassation, tient trop essentiellement à l'ordre social pour avoir été livré à toutes les attaques des mauvaises passions. Aussi voit-on que la législation et la jurisprudence de tous les temps ont, en général, été d'accord pour refuser aux collatéraux le droit d'opposer certaines nullités, quelques-unes même absolues. Les anciens principes, à cet égard, ont été si nettement établis par d'Aguesseau [1], que nous avons cru en devoir reproduire la doctrine comme le document le plus susceptible de servir de guide dans la solution de la question. Si la justice, disait-il, permet à un père de venger, même après la mort de son fils, l'injure qu'il lui a faite en se mariant contre sa volonté, d'étendre son indignation et sa colère jusqu'à la seconde génération, et de punir son fils dans la personne de ses petits-enfants, en leur refusant non-seulement l'espérance de sa succession, mais encore la qualité d'enfants légitimes; elle n'accorde pas le même pouvoir aux collatéraux, qui n'allèguent en leur faveur ni le préjugé de la nature, ni l'autorité de la loi, et qu'un esprit d'intérêt porte seul à déshonorer la mémoire du père et à troubler l'état des enfants. Cette considération a paru si forte, que l'on a quelquefois opposé cette maxime favorable, même aux plaintes d'un père et d'une mère qui, après un silence de plusieurs années, abussient de l'autorité paternelle, ou pour rompre un mariage concordant, ou pour exclure les petits enfants de leur succession. Si l'on a jugé que la longueur de la possession pouvait assurer l'état d'une famille contre les poursuites trop lentes de ceux qui en sont en quelque sorte les arbitres souverains, il est aisé de déterminer quelle doit être la force de ce moyen pour arrêter les demandes des collatéraux, qui ne peuvent former une question d'état que par rapport au partage de l'hérédité. Cependant, il faut avouer que souvent aussi l'on a permis aux collatéraux d'attaquer le mariage de ceux qui, par une alliance indigne, les

[1] Voy. le plaidoyer dans la cause de Martin et Jeanne Billon; édit., in-4°, t. II, p. 284 et suiv. — Voy. aussi Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 448.

Digitized by Google

avaient privés de leur succession. On a considéré qu'on ne pouvait, sans injustice, leur refuser le droit de disputer à ceux qui sont issus de ces mariages, la qualité d'héritiers et d'enfants légitimes ; que l'établissement de cette qualité dépendait absolument de la validité du mariage auquel ils devaient la naissance ; qu'on ne pouvait attaquer le titre d'enfants légitimes, sans donner atteinte à celui de mari et de femme légitime ; que cette seconde action était une suite et un accessoire de la première, et qu'il était impossible de séparer l'examen de l'état des enfants de celui de l'état et de la condition de leur père. Mais, quoique dans ces cas les demandes des parents puissent être écoutées, elles ne sont pas toutes également favorables, et cette diversité dépend uniquement de la différence des moyens dont ils se servent pour combattre le mariage qu'on leur oppose. S'ils prétendent que la vérité du mariage n'est pas constante, que son existence est incertaine, ils peuvent être admis à la preuve de ce fait, aussi facilement que le père et la mère auraient pu l'être, ou que les parties même qui soutiendraient qu'elles n'ont contracté aucun engagement. Si au contraire, en convenant de la vérité du mariage, ils l'accusent de nullité, il est plus rare que leurs plaintes méritent quelque faveur; et si l'on excepte certains défauts essentiels, qui forment des nullités que le temps ne peut jamais réparer, certaines circonstances où la considération du bien public, toujours plus forte que celle de l'intérêt particulier, semble se joindre aux collatéraux pour s'élever contre un mariage odieux, il est difficile qu'ils puissent détruire toutes les fins de non-recevoir qu'on leur oppose : le silence des père et mère et des contractants mêmes, l'union de leur mariage, la possession paisible de leur état dans laquelle ils ont vécu, la mort qui les a assurés pour toujours, la faveur des enfants qui sont redevables de leur naissance à ce mariage.

Telles étaient les maximes de l'ancien droit ; et, fondées qu'elles étaient sur l'équité et sur les nécessités sociales, elles ont dû nécessairement être acceptées par les rédacteurs du Code civil. Aussi, que voit-on ? D'une part, c'est que le Code civil a restreint

Digitized by Google

à des termes rigoureux les nullités qui, par elles-mêmes, sont exorbitantes du droit commun; et d'une autre part, qu'il a circonscrit l'exercice du droit par des conditions de temps et de capacité. Ainsi, il n'y a pas de mariage sans consentement (article 146). Et toutefois, ce n'est pas à dire que toute personne soit recevable à attaquer le mariage contracté en contravention à cette règle fondamentale, ni même que la nullité puisse à tout jamais être proposée. La loi dit, en effet, que «le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que, par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre (art. 180)...» Et l'article 181 ajoute que, dans ce cas, «la demande en nullité n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue.» — Ainsi encore, nul ne peut contracter mariage sans le consentement des père et mère (art. 148 et suiv.). Et toutefois, ce n'est pas à dire que la nullité d'un mariage contracté sans le consentement des père et mère doive être prononcée à la requête de toute personne qui y aurait intérêt. Ce mariage ne peut, aux termes de la loi, être attaqué que par ceux dont le consentement était requis ou par celui des deux époux qui avait besoin du consentement; encore même faut-il que le mariage n'ait pas été approuvé expressément ou tacitement par ceux qui auraient pu l'attaquer, ou qu'il ne se soit pas écoulé une année sans réclamation de leur part (art. 182 et 183). Il en est ainsi de toutes les demandes en nullité de mariage : elles sont spécialement réglées par un chapitre du Code, le chapitre IV, au titre *du Mariage*; et de ce chapitre, qui se compose d'une série de vingt-trois articles dans lesquels tous les droits sont prévus et organisés, on voit clairement ressortir la pensée, que nul ne peut attaquer un mariage hors des cas et des délais déterminés par la loi.

Or, quel est, sous ce rapport, le droit des collatéraux? Il est formulé dans les art. 184, 187 et 191 du chapitre précité. Ces

Digitized by Google

articles énumèrent diverses nullités absolues dont un mariage peut être affecté et que les collatéraux eux-mêmes peuvent opposer, à la condition d'y avoir un intérêt né et actuel. Les collatéraux peuvent agir lorsque le mariage a été contracté contrairement à la disposition de l'art. 144, c'est-à-dire par un homme ayant moins de 18 ans ou par une femme qui n'en avait pas encore quinze; ou lorsque le mariage a été contracté en contravention à la disposition de l'art. 147, c'est-à-dire avant la dissolution d'un précédent mariage; ou lorsqu'il a eu lieu contre la prescription des art. 161, 162 et 163, c'est-à-dire entre personnes parentes en ligne directe ou en ligne collatérale au degré qui, aux termes de ces articles, constitue un empêchement; ou enfin lorsqu'on ne s'est pas conformé aux dispositions de l'art. 165, c'est-à-dire lorsque le mariage n'a pas été contracté publiquement et n'a pas été célébré devant l'officier public compétent. Hors de ces cas auxquels se réfèrent les art. 184, 187 et 191, les seuls sur lesquels les collatéraux puissent fonder le droit de demander la nullité d'un mariage, l'action des collatéraux n'existe pas. Elle existe, dans ces cas, parce que les nullités dont il y est question, selon une expression que nous empruntons encore à d'Aguesseau [1], « sont des armes communes à tout le monde; que la loi qui les prononce n'ayant eu pour objet que l'utilité publique, tous ceux qui ont intérêt d'attaquer un mariage ont également droit de les proposer; et que si la justice les écoute plus favorablement dans la bouche des pères, elle ne doit cependant pas les rejeter lorsqu'elles sont expliquées par des collatéraux. »

Mais, il n'en est pas de même, on le conçoit bien, pour les autres nullités qui peuvent affecter un mariage, et qui n'engagent en aucune manière l'utilité publique, des nullités qui ne sont établies qu'en faveur de certaines personnes et dont on peut dire « qu'elles sont tellement propres, tellement attachées

[1] Voy. le cinquante-septième plaidoyer, dans la cause de Mme la comtesse de Bossu et des héritiers de M. le duc de Guise; édit. in-4°, t. v, p. 69.

Digitized by Google

à leur caractère, qu'elles perdent toute leur force et qu'elles deviennent absolument impuissantes lorsqu'elles passent en d'autres mains que la loi n'honore pas de la même protection[1]. » Pour ces nullités, la loi n'avait aucun motif d'admettre l'action des collatéraux ; elle devait faire prévaloir sur l'intérêt personnel, le seul qui les aurait animés, cet intérêt bien autrement puissant de la famille et de la société, auquel l'annulation d'un mariage doit toujours porter une funeste atteinte.

Quoi qu'il en soit, les cas dans lesquels les collatéraux peuvent former l'action en nullité ont été strictement et limitativement fixés dans les articles du Code civil que nous avons énoncés ; et dès lors, quelque radicale qu'une nullité puisse paraître, les collatéraux seront non recevables à la proposer si ces articles ne leur en ont pas expressément conféré le droit.

Cela étant, lorsque le vice reproché au mariage consiste dans l'état de démence de l'un des époux, état qui aurait vicié le consentement donné au mariage, il est clair que les collatéraux sont sans qualité, puisque aucun des articles sur lesquels se fonde le droit des collatéraux ne mentionne la démence comme cause de nullité du mariage.

Disons plus : il y a dans la loi, spécialement pour cette cause, une disposition qui exclut virtuellement l'action des collatéraux ; nous voulons parler de l'art. 174 du Code civil. Cet article donne aux collatéraux de la qualité qu'il désigne le droit de former opposition au mariage de leur parent dans deux cas, dont l'un est précisément l'état de démence du futur époux. Or, lorsqu'en traitant ensuite des nullités de mariage, et en épuisant la matière, en quelque sorte, par une détermination précise de tous les droits, le législateur garde le silence le plus absolu sur celui qu'auraient les collatéraux à demander, pour cause de démence, la nullité d'un mariage consommé, on est amené invinciblement à cette idée que la loi a volontairement établi une ligne de démarcation entre le mariage accompli et le mariage projeté ; et

[1] Voy. d'Aguesseau, *loc. cit.*

Digitized by Google

que, tandis qu'elle a permis aux collatéraux d'agir en vue de prévenir la célébration du mariage en autorisant une opposition fondée sur l'état de démence, elle a voulu, au contraire, leur imposer l'obligation de respecter le mariage une fois contracté, nonobstant la démence, en ne leur accordant pas le droit de former l'action en nullité [1]. Manifestement la voie d'opposition est ici exclusive de celle de nullité ; et la Cour suprême l'a bien pensé ainsi, lorsque en écartant, par fin de non-recevoir, par son arrêt de 1844, l'action des collatéraux, elle s'est fondée précisément sur ce que, dans l'espèce, ces collatéraux, usant de la faculté accordée par l'art. 174, avaient formé au mariage dont ils demandaient la nullité, une opposition qui avait été judiciairement rejetée.

Nous ne pourrions donc qu'approuver la doctrine consacrée par cet arrêt, si la Cour suprême s'en fût tenue à cette fin de non-recevoir qui répondait si bien et si complétement aux besoins de la cause. Mais, nous l'avons dit, l'arrêt de 1844 est remarquable moins encore par la question qu'il avait à résoudre et qu'il a résolue, que par les motifs invoqués à l'appui de la solution. Ces motifs, en effet, par un empiétement qu'il faut regretter de trouver dans un arrêt de la Cour suprême, engagent un point de droit de la plus haute importance.

Qu'il nous soit permis, à ce propos, de signaler, dans le système de rédaction de quelques arrêts, une sorte d'inconséquence dont on a quelque peine à se rendre compte.

On a souvent reproché à la Cour de cassation ses hésitations à aborder franchement certaines difficultés qui lui ont été soumises, et le soin qu'elle a pris parfois de tourner une question pour n'avoir pas à la résoudre. Nous pourrions, en effet, en parcourant les monuments de la jurisprudence, citer, à l'appui

[1] M. Locré, *Esprit du Code civ.*, t. I, p. 257, enseigne, en effet, dans ce sens, que la nullité qui résulte de l'interdiction ou du défaut de consentement est réservée aux époux. Voy. aussi l'opinion conforme de MM. Duranton, t. II, n° 33, et Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Mariage*, p. 15, n° 3.

Digitized by Google

de ce reproche, nombre d'espèces où la difficulté nettement posée a été manifestement éludée : réserve fâcheuse qui, si elle a permis de ne pas engager l'avenir, a eu ses inconvénients, car le nombre est assez grand des procès qui ne se fussent pas engagés, ou qui, du moins, n'auraient pas atteint la limite dernière à laquelle ils peuvent aboutir, si la Cour suprême avait toujours saisi la première occasion de fixer nettement les doctrines controversées, et d'établir des précédents susceptibles d'éclairer les parties sur les résultats probables de leur contestation.

Quoi qu'il en soit, cette timidité même semblerait exclusive de l'idée que l'on pût faire à la Cour suprême le reproche contraire des empiétements. Il n'en est pas ainsi cependant. Cette même Cour, étendant le cercle d'un débat engagé devant elle, a quelquefois aussi tranché, avec les difficultés qui naissent d'un litige, d'autres difficultés que ce litige n'a pas suscitées.

L'arrêt que nous signalons ici à l'attention des jurisconsultes fournit un exemple dans lequel les inconvénients de ce système, plus dangereux encore que le précédent, se produisent dans toute leur gravité.

On a vu, par tout ce qui précède, que l'unique question du procès était celle de savoir si ou non les collatéraux d'un interdit sont recevables à attaquer le mariage contracté par celui-ci pendant l'interdiction. La validité ou l'invalidité du mariage en lui-même n'était en aucune manière liée à la discussion. Il est même remarquable que les juges de première instance, en rejetant par fin de non-recevoir l'action des collatéraux demandeurs, avaient formellement déclaré « qu'il était inutile de s'occuper des conclusions des demandeurs relatives à la validité ou à l'invalidité du mariage, *l'examen de cette question ne les concernant pas.* » La Cour royale de Caen, statuant sur l'appel, s'était tenue dans la même réserve. « Des collatéraux, lit-on en effet dans l'arrêt du 19 janvier 1843 [1], ne peuvent être admis à attaquer un ma-

[1] Voy. Dalloz, *Rec. pér.*, 1843, 2, 67; Devilleneuve et Carette, 1844, 1, 246.

Digitized by Google

riage que dans les cas déterminés par la loi, ainsi que cela résulte des dispositions du Code civil, et notamment de l'art. 184, qui fixe les cas dans lesquels les héritiers collatéraux sont autorisés à former une demande en nullité de mariage ; les époux L..., ne se trouvant dans aucun des cas qui confèrent aux collatéraux le droit de former leur demande, la fin de non-recevoir qui leur est opposée doit être admise. » On voit donc dans quelles limites la décision avait été circonscrite par les juges du fond, tant par ceux de première instance que par ceux d'appel.

Eh bien ! que l'on se réfère maintenant aux motifs donnés par la Cour suprême dans l'arrêt qui rejette le pourvoi formé contre celui de la Cour de Caen, et l'on aperçoit que la Cour suprême a de beaucoup élargi le cercle du débat. Il ne lui a pas suffi de cette simple fin de non-recevoir sur laquelle s'étaient fondés les juges du fond, et à laquelle ils s'étaient fort justement arrêtés ; elle a voulu pousser plus avant ; et si elle a écarté l'action en nullité du mariage, ce n'est pas seulement parce que les collatéraux étaient non recevables à la former, mais encore parce qu'en soi le mariage contracté par un interdit pendant les causes de l'interdiction ne serait pas entaché de nullité, dans la pensée de la Cour suprême. Aussi les recueils d'arrêts posent-ils en tête de celui dont nous parlons ici cette proposition : « Un interdit pour cause de démence n'est pas absolument incapable de contracter mariage dans les intervalles lucides [1]. » Et remarquons que ce n'est pas ici l'une de ces erreurs que l'on a pu rencontrer quelquefois dans les recueils, et qui consistent à publier, comme jugeant une question de prin-

[1] M. Devilleneuve ne pose la solution qu'avec une certaine réserve ; il la donne toutefois comme expressément énoncée dans les motifs de l'arrêt. De son côté, M. Dalloz dit, avec une exactitude parfaite : « Cette proposition, d'une gravité extrême, ne résulte, il est vrai, que de l'un des considérants de l'arrêt de la Cour de cassation, qui n'avait rigoureusement à juger que la question de savoir si les collatéraux sont ou non admissibles à attaquer le mariage de l'interdit après son décès ; mais elle nous paraît y avoir été consacrée d'une manière explicite. »

Digitized by Google

cipe, un arrêt dont les motifs énoncent en effet un principe dont on étend la portée, dont on altère même la signification en l'isolant de la décision. Non, la question, cette fois, quoique étrangère au débat, y a été bien évidemment ramenée et très-expressément résolue, car, dit la Cour, *la nullité d'un mariage ne peut être prononcée que sur un texte formel*; or, en l'absence d'un texte qui prononce cette nullité pour cause de démence, on ne peut pas dire *qu'un interdit soit absolument incapable de contracter mariage pendant les intervalles lucides.*

Nous l'avons dit, et il faut le répéter, c'est ici l'une des circonstances dans lesquelles la solution par les motifs d'un arrêt, d'une question étrangère au procès, se produit dans tout ce qu'elle a de périlleux. En toutes circonstances, ce fait est grave pour la Cour suprême; car, placée qu'elle est en dehors et au-dessus des juridictions, comme un guide pour toutes, elle ne peut rien hasarder, et ses décisions, elle doit les formuler avec une rigueur et une maturité de raison que l'on ne suppose que difficilement dans la solution d'une question prise au passage comme se liant plus ou moins étroitement à celle dont les juges ont été directement saisis. Mais le fait présente bien une autre gravité lorsque la théorie, ainsi mise en avant par forme d'induction, porte sur une question d'état, c'est-à-dire sur ce qu'il y a de plus important dans la législation, et que de plus elle heurte de front une doctrine reçue et acceptée d'une manière à peu près unanime. Alors, la Cour de cassation met, sans aucune nécessité, à la place d'une certitude qui ne laissait pas de prétexte aux procès, un doute sur lequel des contestations vont se former, et que vingt procès peut-être ne suffiront pas à résoudre! Alors, elle répand l'obscurité dans le droit, où c'est à elle surtout que, par la loi même de son institution, il appartient d'apporter la lumière!

Et maintenant, cette thèse que la Cour suprême formule *à priori*, alors que, dans l'état des faits, elle avait si peu à s'en préoccuper, a-t-elle du moins, en sa faveur l'autorité de la loi? On peut très-raisonnablement faire plus qu'en douter.

Digitized by Google

Jusqu'ici on avait tenu comme une règle certaine que les personnes qui sont entièrement privées de l'usage de la raison, soit par folie, soit par imbécillité, sont absolument incapables de contracter mariage, puisqu'elles sont incapables de donner un consentement qui est de l'essence du mariage. Par suite, on tenait que l'interdit, étant déclaré par la loi incapable d'avoir une volonté, de donner un consentement, ne pouvait pas, par cela même, se marier pendant la durée de l'interdiction, et, en conséquence, que le mariage qu'il aurait contracté, même pendant un intervalle lucide, serait radicalement nul par application des principes généraux du droit, selon lesquels tous les actes consentis par l'interdit, postérieurement au jugement d'interdiction, sont nuls de plein droit. Telle avait été l'opinion reçue par les auteurs d'une manière à peu près unanime [1]. On ne peut citer, en effet, dans le sens de l'opinion contraire, que M. Zachariæ [2], dont nous apprécierons bientôt la doctrine.

Mais voilà que la Cour de cassation, envisageant ce point de droit, sans y être directement appelée, pose en principe, au contraire, que *l'interdit n'est pas absolument incapable de contracter mariage dans les intervalles lucides*; en sorte que, suivi dans ses conséquences les plus naturelles, ce principe ainsi posé d'une manière générale ne servirait pas seulement à maintenir, contre l'action en nullité formée par ceux qui auraient qualité, c'est-à-dire par l'interdit lui-même ou par son tuteur, un mariage consommé, mais encore qu'il fournirait à tout interdit un moyen puissant de sommer, sous prétexte qu'il est dans un intervalle lucide, l'officier de l'état civil de recevoir son acte de mariage, à peine de dommages-intérêts, celui-ci opposât-il le jugement d'interdiction qui établit légalement la présomption d'incapacité.

[1] Voy. MM. Duranton, t. II, n° 27 et suiv.; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Mariage*, p. 15, n°s 1 et 2; Vazeille, *du Mariage*, t. I, n° 88; Pezzani, *Empêchement du mariage*, n°s 150 et 151; Marcadé, *Elém. du droit civ. franç.*, deuxième édition, p. 533.

[2] Voy. *Droit civ. franç.*. t. III, § 464, au texte et à la note 6.

Digitized by Google

Quels sont donc les éléments de cette doctrine qui vient ainsi jeter une perturbation complète dans les idées reçues? Ce sont, d'une part, les principes de l'ancienne jurisprudence sous l'empire de laquelle on aurait généralement admis la faculté des personnes furieuses, insensées ou en démence, de contracter mariage, pourvu qu'elles eussent des intervalles lucides; d'une autre part, c'est l'idée que le mariage est un contrat à part, auquel ne s'applique pas l'art. 502 du Code civil, et dont le sort doit être apprécié d'après les règles posées au titre même du mariage, lesquelles ne placent pas l'interdiction parmi les causes de nullité.

Il s'en faut que, sous l'un et sous l'autre rapport, l'objection soit décisive.

Quant à l'ancienne jurisprudence, notons d'abord que les personnes privées de leur raison étaient absolument incapables de se marier. « Ceux qui sont privés de sens, dit d'Espeisses, ne se peuvent pas marier. Ainsi le furieux ne peut pas contracter mariage, et le mariage qu'il peut avoir contracté est nul... Et n'obste le canon *Neque furiosus*, conçu en ces termes : *Neque furiosus, neque furiosa matrimonium contrahere possunt, sed si contractum fuerit, non separentur;* car, en ce qui est dit : *sed si contractum fuerit non separentur,* il faut entendre que *contractum fuit ante furorem;* de sorte que par la fureur survenante il n'est pas dissous[1]... » Cette doctrine était invariablement reçue[2].

Nous convenons qu'elle était modifiée par quelques auteurs, d'après lesquels les personnes privées de raison pouvaient valablement contracter mariage dans un intervalle lucide[3]. Cepen-

[1] Voy. t. I, p. 276, n° 4.

[2] Voy. Covarruvias, *ad. lib.* IV; Lacombe, *Jurispr. can.*, v° *Mariage*, n° 4; Pothier, *Contr. de mar.*, n° 92, Durand de Maillane, *Dict. de droit can.*, v° *Folie;* Prevôt de la Janès, *Princ. de la jurispr.*, t. II, n° 298; Serres, *Inst. du droit franç.*, p. 35 et 36; Fevret, *Traité de l'abus*, t. II, p. 91 et 92; Pocquet de Livonnière, *Rég. du droit franc.*, t. I, p. 18; Bourjon, liv. I, tit. III, ch. II, sect. III, n° 25; Duparc-Poullain, t. I, p. 111, n° 6.

[3] Voy. plusieurs des auteurs cités à la note précédente. *Adde* d'Héricourt, *Lois ecclés.*, lettre G, n° 52; Denizart, v° *Mariage*, n° 18.

Digitized by Google

dant cette doctrine était bien moins absolue ; et notamment elle a été repoussée dans un livre qu'il faut regretter d'autant plus de voir inachevé, qu'il est celui qui, dans les matières traitées, a fait le mieux connaître les applications jurisprudentielles du droit qui a précédé le Code civil : nous voulons parler du *Nouveau Denizart*. Voici, en effet, ce qu'on y lit à l'occasion du tempérament apporté par quelques auteurs à l'incapacité des personnes insensées : « L'insensé jouit pendant l'intervalle lucide de la raison ; il peut dans le même temps donner un consentement personnel à l'union conjugale. Cette raison a déterminé plusieurs auteurs à regarder comme valable le mariage contracté par un insensé pendant un intervalle lucide.... C'est aussi le sentiment de saint Thomas qui s'est expliqué ainsi : *Si autem præcedit (furia), aut furiosus habet lucida intervalla, aut non : si habet, tunc quamvis, dum est in illo intervallo, non sit tutum quod matrimonium contrahat, quia nescit prolem educare, tamen si contrahit, matrimonium est.* — Malgré ces autorités, il nous semble que le mariage de l'insensé, contracté dans un intervalle lucide, est radicalement nul. Le mariage a pour fin, et la procréation des enfants, et la société intime des époux, qui doivent vivre ensemble jusqu'au décès du premier mourant : *maris et feminæ conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.* Or, il ne peut pas y avoir de société intime avec une personne insensée qui a des intervalles lucides, puisqu'on ne peut pas avoir de société habituelle avec elle, et qu'il devient nécessaire de mener une vie séparée l'un de l'autre dans le temps de la démence, qui est son état habituel...[1] » Cette considération tirée de l'essence même du mariage, et, si l'on peut ainsi dire, de la destinée des époux, s'élève puissamment, il en faut convenir, contre la doctrine qui relève l'insensé de son incapacité relativement au mariage, pendant les intervalles lucides.

Cependant acceptons cette doctrine : ce ne sera pas encore à dire qu'elle fournisse un précédent favorable à celle que con-

[1] V° *Empêch. de mariage*, § 4, n° 6 (t. VII, p. 528).

Digitized by Google

sacre l'arrêt de la Cour de cassation. Il nous suffira, pour l'établir, de rappeler qu'il y a, en ce qui concerne la capacité, une différence bien notable entre l'interdit pour cause de démence et celui qui, étant en état de démence, n'est cependant pas interdit. Le premier est tenu sous l'empire d'une présomption légale qu'établit le jugement d'interdiction, présomption qui ne peut céder que devant un seul fait, la mainlevée de l'interdiction, et qui proclamant incessamment la personne incapable d'avoir une volonté, est, par cela même, exclusive de toute application de cette théorie des intervalles lucides que la loi sur les interdits ne reconnaît, en effet, nulle part. Pour le second, au contraire, il n'y a pas de fait légal qui manifeste son incapacité absolue, en sorte que si, dans la réalité, il a repris un instant le plein exercice de sa raison, il n'y aura nul obstacle à ce que la justice sanctionne l'acte qu'il aura consenti pendant cet instant. Cette différence entre la position de l'interdit et celle de l'insensé qui n'est pas interdit, différence qui n'a pas cessé d'être vraie sous l'empire de la loi nouvelle [1], est caractéristique, et en même temps elle écarte l'application que l'on voudrait faire à l'espèce sur laquelle a statué l'arrêt de la Cour de cassation, de la doctrine de ceux des anciens auteurs qui ont enseigné que l'insensé pouvait, par exception à la règle générale, contracter mariage pendant un intervalle lucide. Car si ces auteurs ont admis cette théorie relativement à l'insensé, ils ne se sont pas, du moins, expliqués sur le point de savoir si l'exception au principe général devait s'étendre jusqu'à celui qui se trouverait dans les liens d'une interdiction légale. Or, c'est précisément d'un interdit qu'il s'agissait dans l'espèce jugée par la Cour suprême. Laissons donc de côté l'autorité des anciens auteurs, et en dehors de cette autorité, qui ne peut pas manifestement être invoquée sur la question proposée, examinons si la solution que cette question doit recevoir, d'après les nouveaux principes, est bien celle que lui a donnée la Cour de cassation.

Posons, d'abord, comme une règle certaine qu'il n'y a pas,

[1] Voy. M. Marcadé, *Elém. du droit civ.*, deuxième édition, t. I, p. 458.

Digitized by Google

légalement du moins, pour celui qui est en état d'interdiction judiciaire, des intervalles lucides. L'interdiction constitue, dans le système de la loi, une incapacité permanente, sans interruption, et qui n'a d'autre limite que la cessation des causes qui ont déterminé l'interdiction (art. 512), ou plutôt la manifestation publique de cette cessation par un jugement qui prononce la mainlevée. Et cela devait être. L'homme dont l'état habituel est la démence ne peut pas lui-même suffire à sa protection dans ces rares instants où il recouvre quelques lueurs de raison. Dans cette raison que la démence obscurcissait hier et qui, demain peut-être, s'éteindra dans la démence, la loi ne pouvait et ne devait pas reconnaître une maturité suffisante, une circonstance qui fût susceptible de suspendre momentanément les effets de l'incapacité. Aussi voit-on que, loin d'admettre cette théorie des intervalles lucides, le législateur la repousse virtuellement, au contraire, lorsque en tête des dispositions relatives à l'interdiction, il détermine les personnes qui sont dans le cas d'être interdites, en disant que « le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, *même lorsque cet état présente des intervalles lucides* » (489 C. civ.). Que si cette disposition ne s'expliquait pas suffisamment par elle-même, comme consacrant l'exclusion de la théorie des intervalles lucides, nous trouverions dans les observations dont elle a été l'objet, lors de la discussion, la preuve irrésistible que telle en a été la pensée. Ce n'est pas, a-t-on dit, sur quelques actes isolés qu'on s'avisera jamais de décider qu'un homme a perdu le sens et la raison : telle est la triste condition de l'humanité, que le plus sage n'est pas exempt d'erreur. Mais lorsque la raison n'est plus qu'un accident dans la vie de l'homme, lorsqu'elle ne s'y laisse apercevoir que de loin en loin, tandis que les paroles et les actions de tous les jours sont les paroles et les actions d'un insensé, on peut dire qu'il existe un état habituel de démence ; c'est alors le cas de l'interdiction [1]. On a été plus ex-

[1] Voy. l'exposé des motifs de M. Emmery (Fenet, *Trav. prépar. du Code civ.*, t. x, p. 708).

Digitized by Google

plicite encore. L'imbécillité, a-t-on dit, est une faiblesse d'esprit causée par l'absence ou l'oblitération des idées. La démence est une aliénation qui ôte à celui qui en est atteint l'usage de sa raison. La fureur n'est qu'une démence portée à un plus haut degré, qui pousse le furieux à des mouvements dangereux pour lui-même et pour les autres. L'homme, dans ces trois états, est privé de la faculté de comparer et de juger. L'imbécile ne le peut pas, parce que son esprit, incapable de recevoir ou de retenir des perceptions, n'a aucun objet de comparaison. L'insensé, le furieux ne le peuvent pas non plus, parce que les objets ne se représentent souvent à leur esprit que sous des formes fantastiques, éloignées de la réalité. Du défaut de cette faculté dérivent, d'un côté, l'impuissance d'administrer, d'agir, d'exprimer une volonté éclairée sur les choses qui les intéressent; et de l'autre, la nécessité de remettre à un tuteur le gouvernement de leur personne et de leurs biens. *Les lueurs équivoques de la raison qui reparaissent quelquefois chez les insensés et les furieux n'étaient pas un motif suffisant pour modifier l'interdiction, ou pour en interrompre la continuité* [1].

Ajoutons maintenant que c'est précisément dans la supposition où, par le fait, l'interdit recouvrerait sa raison par intervalles, que la loi, tout en maintenant l'interdiction d'une manière permanente, a réglé ses dispositions. Ainsi, elle annule les actes faits postérieurement au jugement d'interdiction, par l'interdit ou sans l'assistance du conseil (art. 502), et l'incapable ou ses représentants ont dix ans pour demander l'annulation à partir de la cessation de l'incapacité ou de la mort de l'incapable (1304). Or, ce délai même est une preuve certaine qu'il s'agit là des actes faits pendant un intervalle lucide, puisque, s'ils avaient été passés en état de démence, ces actes seraient radicalement nuls, tellement qu'à quelque époque que la nullité en fût demandée, les tribunaux ne pourraient se dispenser de la déclarer, même dans les principes

[1] Voy. le discours du tribun Tarrible au Corps-Législatif (Fenet, t. x, p. 740).

Digitized by Google

du droit commun, à l'application desquels l'interdiction ne doit raisonnablement pas, sous ce rapport, faire obstacle.

Tenons donc pour certain qu'au point de vue de la loi, il n'y a pas pour l'interdit d'intervalles lucides; et concluons dès à présent que dans toutes les circonstances où l'on peut faire résulter des dispositions de la loi une incapacité contre l'interdit, cette incapacité s'étend sur lui, soit qu'il ait eu ou non des intervalles lucides, soit que l'acte prohibé ait été fait ou non pendant l'un de ces intervalles.

Après ces observations préliminaires dont l'exactitude ne nous semble pas pouvoir être contestée, nous abordons la théorie consacrée par l'arrêt de la Chambre des requêtes du 12 novembre 1844.

Le consentement est l'âme du mariage, a dit M. Troplong dans la dissertation que nous avons déjà rappelée; et cela est évident. Le mariage est un contrat : or, un contrat ne saurait jamais se former sans un concours de volontés de la part des parties contractantes. C'est là assurément une vérité évidente par elle-même ; c'est là un de ces axiomes qu'il n'est pas besoin d'exprimer. Et cependant l'une des premières dispositions du titre *Du mariage* formule précisément cette idée en disant : « Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » (art. 146). C'est une preuve certaine que la pensée du législateur s'est portée au delà de ce consentement purement matériel, de ce consentement de fait que la rédaction de la loi semblerait supposer. Et en effet, on tient généralement que le consentement dont parle l'art. 146 est un consentement intelligent, réfléchi, l'expression d'une volonté précise et arrêtée de la part d'une personne capable de s'engager, quelque chose en un mot de plus qu'une apparence qui n'aurait pas de réalité légale, qu'un acte matériel qui n'aurait pas de valeur juridique. C'est ainsi qu'il n'y aurait pas consentement, dans le sens de l'article 146 du Code civil, ni par conséquent mariage, de la part d'une personne qui, frappée d'une condamnation emportant mort civile, aurait trompé la vigilance de l'officier de l'état civil,

Digitized by Google

et serait parvenue à se marier. Il en est de même de l'interdit pour cause de démence : l'homme qui est dans cet état peut bien, sans doute, recouvrer par intervalles toutes ses facultés, et manifester, pendant qu'il jouit de sa raison, sa volonté, son consentement ; mais ce serait un consentement dont rien ne garantirait la maturité et contre lequel, au contraire, s'élèverait une présomption légale résultant de l'interdiction : ce ne serait pas un véritable consentement dans le sens de l'art. 146.

Du reste, cette explication du texte de la loi n'a rien d'arbitraire : la raison l'indique et les rédacteurs du Code l'ont eux-mêmes donnée. En effet, lors de la discussion au Conseil d'État, on proposait un article ainsi conçu : « Sont incapables de contracter mariage : 1° l'interdit pour cause de démence ou de fureur ; 2° les sourds-muets de naissance, à moins qu'il ne soit constaté qu'ils sont capables de manifester leur volonté ; 3° l'individu frappé d'une condamnation emportant mort civile, même pendant la durée de temps qui lui est accordée pour purger la contumace. » Des observations furent présentées spécialement contre la disposition qui refusait aux sourds-muets la faculté de se marier ; et le consul Cambacérès fit remarquer que puisque l'article avait pour objet d'expliquer que les sourds-muets ne peuvent se marier que lorsqu'ils peuvent consentir, sa disposition se confondait avec celle de l'article suivant, d'après lequel le mariage n'était pas valable si les deux époux n'y avaient pas donné un consentement libre. Mais la discussion ayant continué, le consul Cambacérès, généralisant son observation, proposa de supprimer l'article, par le motif que « les dispositions qu'il contenait n'étaient que des *conséquences naturelles de la règle générale qui exige pour le mariage un consentement valable* [1]. » Cette discussion importante fixe nettement le sens et la portée de l'art. 146. Il en résulte qu'en parlant du consentement, la loi étendait sa prévision bien moins à ce consentement de fait que toute personne même incapable peut donner, qu'à ce consen-

[1] Voy. Fenet, *Trav. prép. du Code civ.*, t. IX, p. 8, 9, 10, 11 et 12.

Digitized by Google

tement légal qui ne peut jamais émaner que d'une personne jouissant de toute sa capacité. Ainsi entendu, l'art. 146 consacrerait virtuellement l'incapacité de l'interdit relativement au mariage.

Nous devons reconnaître cependant que M. Zachariæ, le seul auteur qui ait soutenu la doctrine émise par la Cour de cassation, a tiré du rejet de la proposition relative aux interdits, une conclusion diamétralement opposée à celle que nous avons formulée. « Le mariage contracté pendant un intervalle lucide, par une personne atteinte de fureur ou de démence, dit cet auteur, était autrefois regardé comme valable. Contrairement à cette opinion, le Tribunat avait demandé que l'interdit pour cause de démence ou de fureur fût déclaré absolument incapable de contracter mariage, même pendant une intervalle lucide. Mais cette demande ne fut pas accueillie; et l'article proposé par le Tribunat n'a pas passé dans le Code. Il faut en conclure que l'état habituel de démence ou de fureur ne forme pas par lui-même un empêchement dirimant au mariage, quand même la personne qui se trouve dans cet état aurait été antérieurement interdite[1]. » M. Zachariæ fait ici allusion à une circonstance qui s'est présentée après la discussion que nous venons de rappeler, mais qui se lie à cette discussion de la manière la plus étroite. En effet, après que le Conseil d'Etat eut complété sa discussion du projet de loi sur le mariage, discussion dans laquelle, ainsi qu'on l'a vu, il avait écarté la disposition spéciale à l'interdit, le Tribunat reçut, comme c'était l'usage, la communication *officieuse* du projet, communication qui donnait lieu à des observations dont on tenait compte, ou que l'on écartait, suivant qu'elles paraissaient justes ou mal fondées, pour en venir ensuite, avec un projet définitif, à la discussion officielle. Or, il arriva que sur l'art. 146, la section du Tribunat fit observer officieusement que « cette disposition exigeait un article formel, qui établît comme règle certaine que l'interdit pour

[1] Voy. t. III, p. 282, au texte.

Digitized by Google

cause de démence était, en fait de mariage, hors d'état de donner un consentement, lors même qu'il aurait des intervalles lucides »; et en conséquence, la section du Tribunat proposa une addition en ces termes: « L'interdit pour cause de démence ne peut contracter mariage [1]. » Mais comme cette addition n'était que la reproduction littérale du texte sur lequel s'était engagée, au Conseil d'Etat, la discussion que nous avons reproduite et à la suite de laquelle cet article avait été rejeté, on ne tint aucun compte de l'observation faite à cet égard par la section du Tribunat. Voilà pourquoi l'addition n'est pas passée dans le Code. On comprend maintenant combien est inexacte la conclusion tirée par M. Zachariæ de ce fait, et on ne s'explique cette conclusion qu'en supposant que l'auteur n'a pas eu une intelligence parfaite du système de discussion qui a été suivi pour la rédaction du Code civil. Il est manifeste que l'article qui établissait expressément l'incapacité de l'interdit relativement au mariage, a été rejeté au Conseil d'Etat, non pas parce que le Conseil ne voulait pas admettre la pensée de cet article, mais seulement, comme l'a dit le consul Cambacérès, parce que *la disposition ne contenait que la conséquence naturelle de la règle générale, qui exige pour le mariage un consentement valable.* Et dès lors, il est évident que lorsque le Tribunat, revenant sur la même idée, proposait un article semblable, le Conseil d'Etat, en n'en tenant pas compte dans la rédaction du projet sur lequel devait s'établir la discussion officielle, ne faisait que se référer à sa précédente délibération, et confirmer, par son silence, le parti qu'il avait pris après discussion et en connaissance de cause. Maintenons donc que l'art. 146, sainement entendu, consacre l'incapacité de l'interdit relativement au mariage.

Cela étant, et lorsque le législateur a fait ensuite, des demandes en nullité de mariage, l'objet d'un chapitre spécial, dans lequel il s'est proposé de rassembler toutes les nullités par lesquelles un mariage peut être attaqué, il est clair qu'il n'aura pas

[1] Voy. Fenet, *Trav. prép. du Code civ.*, t. IX, p. 118.

Digitized by Google

pu passer sous silence le principe qu'il avait posé dans l'article 146. Aussi, bien loin d'avoir négligé ce principe, c'est dans le premier des articles relatifs aux demandes en nullité de mariage, que le législateur l'a en quelque sorte organisé. L'art. 180 du Code civil porte, en effet : «Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre.» On peut dire, il est vrai, que cet article est limité au cas où une personne capable de consentir n'a consenti que par violence, et qu'il ne comprend pas le cas où il y a eu absence de tout consentement par l'effet de la démence [1]. Mais c'est une opinion généralement admise, que la disposition embrasse l'un et l'autre cas; et sous ce rapport, la doctrine des auteurs a été nettement résumée par M. Merlin [2], aux expressions duquel nous ne pouvons que nous référer. Pour définir exactement ce que veut l'art. 180, dit ce profond jurisconsulte, que faut-il faire? Bien évidemment, il faut le mettre en regard avec l'art. 146; car son objet est de déterminer les effets et la disposition de cet article portant *qu'il n'y a point de mariage s'il n'y a point de consentement;* comme l'objet de l'art. 182 est de déterminer les effets des art. 148, 150, 158 et 160, qui exigent le consentement des ascendants et du conseil de famille pour le mariage du mineur; comme l'objet de l'art. 184 est de déterminer les effets des art. 144, 147, 161, 162 et 163, qui prohibent le mariage à l'impubère, à la personne déjà mariée et aux parents ou alliés à certains degrés; comme l'art. 191 a pour objet de déterminer les effets de l'art. 165, qui veut que le mariage soit célébré publiquement et par l'officier de l'état civil du domicile de l'un des époux. Eh bien! l'art. 146 com-

[1] Voy. M. Marcadé, *Elém. du droit civ.*, deuxième édition, t. I, p. 539.

[2] V° *Contrat de mariage*, sect. VI, § 2, art. 180, première question. — Voy. aussi dans le même sens MM. Toullier, t. I, n°s 501 et 504, et Duranton, t. II, n°s 263 et 269.

Digitized by Google

prend-il, dans sa disposition, le cas où il y a eu absence de consentement par l'effet de la démence, comme le cas où il y a eu consentement par violence ou erreur? Oui certainement, puisque c'est seulement sur cet article que l'on peut se fonder pour annuler le mariage de l'interdit pour cause de démence. Il faut donc bien que l'art. 180 comprenne également l'un et l'autre cas; soutenir le contraire, ce serait dire que le législateur a oublié d'insérer dans le chapitre IV, *des Demandes en nullité de mariage*, une disposition relative au défaut absolu de consentement; et cependant, il est bien certain qu'il a voulu rassembler dans ce chapitre toutes les nullités résultant des principes qu'il avait posés dans les chapitres I et II.

Ainsi nous avons placé la question en dehors du titre de l'interdiction; et par là nous avons répondu à la pensée de l'arrêt de 1844, qui, expliqué par les observations du savant magistrat qui a fait le rapport de l'affaire, considérerait comme étrangère au mariage la disposition de l'art. 502 qui annule tous les actes faits postérieurement au jugement d'interdiction par l'interdit ou sans l'assistance du conseil. Mais si nous renfermons la question dans le titre du mariage, si ce titre nous semble se suffire à lui-même et à la solution de la difficulté, ce n'est pas à dire que l'art. 502 ne doive exercer aucune influence. Il exerce, au contraire, une influence morale dont il faut grandement tenir compte; il est le principe d'un argument *a fortiori*, qui vient fournir le plus puissant appui aux inductions qui se tirent des art. 146 et 180. Certes, lorsqu'on voit le législateur frapper de nullité l'acte même le plus insignifiant passé par l'interdit, il répugne à la pensée de croire qu'il a voulu laisser l'interdit sans protection aucune relativement au mariage, c'est-à-dire dans la circonstance la plus importante, et qu'en présence de cet acte qui doit exercer une influence décisive sur sa vie entière, il demeure, lui ou son tuteur, entièrement désarmé. Il suffit d'un instant de raison pour consentir avec sagesse un bail, un acte quelconque d'administration; cependant l'interdit ne pourra pas profiter de cet instant de raison pour consentir un tel acte qui

Digitized by Google

tomberait devant l'art. 502 du Code civil. Et pour le mariage, cet acte si important, qu'une longue méditation doit préparer, que le sentiment détermine, l'interdit serait abandonné à lui-même et livré sans défense aux plus dangereuses suggestions! Un tel résultat accuserait la plus inexplicable contrariété de vues dans le législateur; et peut-être que si la question était directement proposée, la Cour suprême ne se déterminerait pas à le sanctionner.

P. Pont,
Avocat à la Cour royale.

Digitized by Google

ACADÉMIE

DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES.

De l'intervention de l'État dans les rapports industriels. — Discussion entre MM. Villermé, Blanqui, Passy, Gustave de Beaumont, Dunoyer, Franck et Mignet. — Mémoire de M. Berriat Saint-Prix sur les assurances.

L'Institut ne connaît pas de vacances, et l'Académie des sciences morales et politiques s'est livrée, pendant ces derniers mois, à des travaux multipliés.

Une discussion qui, à juste titre, a vivement saisi l'attention publique, s'est engagée sur la question de l'intervention de l'État dans le domaine de l'industrie. Elle a surgi incidemment à la suite d'un remarquable rapport de M. Villermé sur deux ouvrages dont l'un a pour titre : *Des lois du travail et des classes ouvrières*, par M. Dupuynode, et l'autre : *Essai sur l'organisation du travail et l'avenir des classes laborieuses*, par M. Morin. Ces deux ouvrages, écrits avec talent et mesure, se rallient aux idées d'association, sans abandonner le principe fondamental de notre organisation industrielle, la liberté du travail.

Nous allons reproduire ce débat dans toute son étendue :

M. Blanqui a insisté sur certaines réserves faites par M. Villermé; il a protesté contre cette *idée d'organisation du travail* à laquelle les deux auteurs lui ont paru trop sacrifier. Ne semble-t-il pas que le travail soit chose susceptible d'organisation; qu'il appartienne à l'État d'intervenir sans cesse, et de régler la marche de l'humanité comme les étapes d'une armée? L'Académie doit combattre ce dangereux sophisme. Respectons les intentions loyales, mais ne craignons pas de dire que chercher l'*organisation du travail*, c'est vouloir refaire un traité sur la quadrature du cercle, ou trouver la pierre philosophale. Le gouverne-

Digitized by Google

ment n'a ni le pouvoir ni la possibilité de décréter le travail, de lui assigner des règles mathématiques, des limites déterminées.

« On entend, dit-il, répéter à chaque instant les mots : *association, organisation du travail;* ces mots, sous lesquels on propage une foule de systèmes inapplicables, servent de prétextes à des déclamations dangereuses ; on exagère les souffrances de la société, on accuse le gouvernement de tout le mal ; on lui demande de reconstruire l'édifice social sur d'autres bases ; on le somme au moins d'user de tout son pouvoir pour changer les rapports industriels, quand l'expérience démontre que son intervention dans la sphère de l'industrie a le plus souvent été plus nuisible qu'utile. Sous l'influence de ces idées, la science s'égare ; l'Académie ne doit point encourager les hommes qui sont entrés dans cette voie d'erreurs ; c'est à nous, qui représentons ici l'économie politique, d'indiquer la bonne route, et d'y ramener avec sévérité ceux qui s'en écartent. Il faut montrer à des écrivains d'un mérite réel, qu'en exaltant *l'organisation du travail*, ils poursuivent une chimère. »

M. Passy partage complétement l'opinion de M. Blanqui. « Nous devons, a-t-il dit, nous opposer à tout ce qui pourrait porter atteinte à la liberté de l'industrie. Le travail est libre, et le gouvernement n'a pas le droit d'intervenir dans les transactions des maîtres et des ouvriers. D'ailleurs, quand la loi interviendrait pour modifier les conditions du salaire, pour imposer l'association des ouvriers et des maîtres, le sort des classes laborieuses n'en serait pas amélioré. Quand chez les maîtres, comme chez les ouvriers, s'amélioreront les idées et les sentiments qui président aux relations respectives, les distances tendront à se rapprocher ; il y a déjà sous ce rapport une amélioration réelle : mais on ne saurait établir d'association sans l'apport d'un capital par l'ouvrier. Les institutions destinées à l'aider à la création de ce capital doivent être encouragées.

« L'association entre les maîtres et les ouvriers a été mise en pratique plus souvent qu'on ne pense. En Normandie, il y a des filatures de laine où l'ouvrier obtient une portion fixe dans la rétribution payée à l'entrepreneur.

« Dans l'intérieur de la fabrique, on affiche un tableau où sont indiqués les différents prix que reçoivent les ouvriers selon la différence des fils ; l'ouvrier en connaît la fluctuation et y demeure soumis. Eh bien ! je me suis assuré, en dépouillant les livres de plusieurs maisons pendant un espace de trente ans, que les ouvriers de ces manufactures sont absolument dans les mêmes conditions que ceux des fabriques où le salaire pur

Digitized by Google

est en vigueur, tant la concurrence nivelle les conditions. L'association, comme on le voit, n'améliore pas la situation des ouvriers. Le prix qu'ils reçoivent en récompense de leurs services dépend d'une foule de circonstances que le gouvernement n'a ni le droit ni le pouvoir de modifier en bien ou en mal. L'association est aujourd'hui aussi complète que possible; il n'y a rien à faire de ce côté.

« Les souffrances des classes laborieuses n'ont d'autre cause, comme je l'ai dit déjà, que leur faiblesse intellectuelle et morale. J'ai constaté des faits qui le prouvent d'une manière évidente; dans ces contrées manufacturières dont je vous parlais tout à l'heure, j'ai vérifié, d'après les livres des maîtres, que des familles d'ouvriers avaient reçu annuellement une somme de 14 ou 1,500 francs; elles étaient mal nourries, mal logées, couvertes de haillons. Dans le même pays, des employés de bureaux recevaient une somme égale; ils étaient bien nourris et proprement vêtus; ils envoyaient leurs enfants à l'école, et trouvaient encore le moyen de mettre à la caisse d'épargne. Cette différence de situation ne provient donc pas de la différence des salaires; elle dépend de la moralité des individus, source unique du progrès.

« La condition des paysans est en général supérieure à celle des ouvriers des manufactures; c'est que le paysan est excité à l'économie par le désir et par la possibilité de posséder. L'ouvrier agricole a la terre sous la main, et avec un travail opiniâtre, avec une vie économe, il a l'espoir d'arriver un jour à la possession du sol. Il s'agit de placer l'ouvrier des fabriques dans la même situation: créez autour de lui des institutions qui lui donnent les moyens d'acquérir, qui lui permettent d'arriver à la possession du capital, comme l'ouvrier des champs arrive à la possession de la terre. Alors il pourra entrer dans la fabrique en qualité d'associé, en apportant dans l'entreprise sa part de capital. Telle est la marche naturelle des choses, elle condamne des utopies dont l'impuissance est démontrée. »

M. Blanqui signale un fait curieux: un agriculteur distingué, M. Dailly, tient une comptabilité détaillée et exacte de son exploitation rurale; les produits varient dans des proportions énormes: comment songer, avec de pareilles vicissitudes, à transformer le salaire de l'ouvrier en part d'associé? et cependant les risques de l'agriculture sont moindres que ceux de l'industrie et du commerce.

M. Passy fait observer que depuis 1820 le prix des grains n'a pas augmenté, tandis que le salaire s'est beaucoup élevé. La terre, mieux culti-

Digitized by Google

vée, produit des récoltes plus abondantes, elle nourrit une population plus nombreuse, et, grâce à la puissance progressive de l'art, ses ressources ne cesseront de se multiplier.

M. Gustave de Beaumont pense, comme MM. Passy et Blanqui, qu'il est des cas où l'intervention du gouvernement serait impossible et désastreuse, mais il craint qu'on n'ait trop généralisé ce principe.

« Je m'étonne, dit-il, que MM. Passy et Blanqui puissent dénier au pouvoir tout droit d'intervention dans le domaine de l'industrie. Tel n'est pas, j'aime à le croire, le fond de leur pensée; mais je crois devoir repousser ce qu'il y a de trop absolu dans l'opinion qu'ils ont émise. Quant à moi, non-seulement je pense que le gouvernement peut intervenir dans l'industrie en faveur des classes ouvrières, mais je crois que c'est pour lui un devoir, un devoir sacré. Jusqu'où doit s'étendre cette intervention? quelle est la limite qu'il convient de lui imposer? je ne le décide pas; ce que j'affirme, c'est que l'État peut et doit intervenir dans certains faits de l'ordre industriel.

« Et d'abord il intervient indirectement par les caisses d'épargne, par l'éducation, par les salles d'asile, par les dépôts de mendicité, par toutes les institutions de prévoyance qui tendent à améliorer le sort des travailleurs. Il aide l'industrie en aidant ainsi les ouvriers.

« Malgré les défenses qu'on lui signifie, malgré les interdictions qu'on lui oppose, le pouvoir est intervenu directement dans l'industrie, il n'y a pas longtemps de cela; par la fixation des heures de travail, il est venu au secours de ces pauvres enfants qu'on épuise et qu'on abrutit dans les manufactures; nous devons lui en savoir gré. Ce qui importerait, ce serait de fixer les points où l'intervention de l'État est nécessaire, et ceux où elle serait bienfaisante et efficace.

« Nous devons surtout solliciter l'intervention indirecte de l'État, qui peut apporter tant de soulagement aux souffrances des classes laborieuses. L'ouvrier manque d'instruction : qu'on multiplie partout les écoles, qu'on ajoute aux bienfaits de l'éducation morale les bienfaits de l'instruction professionnelle. L'ouvrier est vagabond : qu'on ouvre des maisons d'asile où il puisse se réfugier quand il n'a pas d'ouvrage. L'ouvrier est imprévoyant : établissez des caisses d'épargne qui le sollicitent à l'économie. L'ouvrier, pressé par les besoins du moment, ne songe pas aux besoins de l'avenir, au temps de la vieillesse : fondez des caisses de retraite et donnez-lui les moyens d'assurer son existence dans ses vieux jours. De semblables institutions, qui rentrent nécessairement dans les

Digitized by Google

attributions de l'État, amélioreraient le sort des ouvriers. Pressons donc le pouvoir de travailler à cette œuvre d'amélioration, pressons-le surtout d'y mettre plus de zèle qu'il n'en a montré jusqu'ici. C'est parce qu'il n'agit pas assez dans cette sphère, où son intervention serait utile, qu'on le sollicite à agir directement là où son intervention peut être nuisible. »

La convenance de l'intervention du gouvernement dans les cas cités par M. de Beaumont a paru fort contestable à M. Dunoyer : pour ne parler que de la loi que le gouvernement a faite pour limiter le travail des enfants, loi dont M. de Beaumont réclame l'exécution avec tant d'instance, rien ne lui semble plus douteux que le bien qu'on en peut espérer. On a déjà vu l'effet des lois de ce genre en Angleterre. Le ministre de l'intérieur, sir James Graham, l'a révélé, l'année dernière, dans le sein du Parlement. On est forcé de reconnaître, a dit ce ministre, que les mesures prises pour restreindre le travail des enfants dans certaines manufactures, n'ont servi qu'à les faire fuir dans les ateliers demeurés libres. Il y a eu d'abord dépréciation du travail et réduction des salaires dans les ateliers réglementés, et puis, selon l'expression du ministre, *congestion de travail* dans les branches d'industrie non soumises au nouveau règlement. C'est donc là une question au moins litigieuse, et, en présence de pareils faits et des résistances qui se manifestent de toutes parts, on comprend que l'administration hésite en France dans l'application de la loi. Le travail est une marchandise qu'il n'est pas plus permis de soumettre que toute autre à des lois de *maximum* et de *minimum*, et on n'a pas pris garde qu'en réglementer la durée c'était inévitablement en réglementer le prix.

M. Dunoyer insiste donc pour qu'à propos de la question générale abordée par MM. Blanqui et Passy, on ne s'engage pas incidemment dans les questions particulières et très-sujettes à controverse (celle du travail des enfants surtout), qu'a soulevées M. de Beaumont; il appelle toute l'attention de l'Académie sur la comptabilité agricole de M. Dailly, dont M. Blanqui a parlé. C'est là, fait-il observer, un document d'une extrême importance, et qui montre bien à quel point il serait difficile d'associer les ouvriers aux entreprises industrielles. Les faits que ce document signale étant tenus pour exacts, on voit que les entreprises agricoles, et l'on pourrait dire toutes les entreprises, donnent les produits les plus variables, quelquefois des produits nuls, souvent des pertes. Or, quel serait le sort des ouvriers associés à de telles éventualités? Il faudrait d'abord attendre la fin de chaque campagne pour en vérifier

Digitized by Google

les résultats, lorsque l'ouvrier a besoin de son salaire jour par jour. Puis, s'il y avait perte, que deviendrait-il pendant l'année qui suivrait? Visiblement l'association est impossible. La vraie solution du problème, c'est le salaire, c'est le prix du travail de chaque jour, prix qui associe les ouvriers aux entreprises précisément comme ils y doivent être associés. Le maître engage ses capitaux, son industrie, ses bâtiments; il court tous les risques : voilà ce dont il faut tenir compte avant de parler de bénéfice; il est naturel que l'ouvrier ait une part inférieure. Il faut qu'il ait une part certaine, fixe, et qui lui arrive chaque jour. Enfin, cette part, là où il dispose pleinement de son travail et où il y a liberté dans les transactions, est précisément ce qu'elle doit être. M. Dunoyer termine en disant que *l'organisation du travail* n'est qu'un non-sens ridicule, et que les ouvrages dont cette théorie fait tous les frais ne méritent pas l'honneur d'une discussion académique.

M. Passy a tenu à établir que M. Gustave de Beaumont s'était trompé sur le sens de son opinion. Ce que M. Passy repousse, c'est l'intervention directe de l'Etat; mais il lui reconnaît le droit de régler le travail de l'enfant, parce que l'enfant n'est pas libre, parce que son père peut ne ménager ni sa santé ni ses forces, et n'être qu'un tuteur incapable. Sans aucun doute, le gouvernement peut se tromper dans les mesures de protection qu'il adopte; mais incontestablement il a le droit d'intervenir. L'ouvrier majeur, au contraire, est libre; c'est à lui à débattre les conditions de son travail : ici l'autorité ne peut intervenir que pour offrir des facilités d'économie, des moyens de prévoyance que seule elle peut donner, en prenant sous sa garantie des caisses d'épargne et de retraite; elle fait d'autant mieux d'accorder à ces institutions sa protection, que son autorité est souvent réclamée par les ouvriers eux-mêmes. Il y a, dans le sort des classes ouvrières, d'autres améliorations qui peuvent venir des maîtres, de leur dévouement, de leur intelligence; malheureusement ce sont là des qualités exceptionnelles en ce monde. Soyons convaincus que les maîtres obtiendraient beaucoup, en s'occupant eux-mêmes pour leurs ouvriers d'arrangements qui ne peuvent se réaliser que sous une influence directe et personnelle; déjà de tels arrangements relatifs à la nourriture, à l'emploi des loisirs et des épargnes, ont été tentés avec succès par des manufacturiers intelligents et habiles, sans l'intervention du gouvernement qui demeurerait ici impuissante; les limites de l'action administrative sont des plus étroites; mais, si l'ouvrier est libre et censé en possession de sa raison, l'enfant ne l'est pas, et quand son père n'est

Digitized by Google

pas en état de régler son avenir, la loi morale veut que l'État intervienne.

M. Dunoyer ne trouve pas, dans le motif allégué par M. Passy, une raison suffisante pour admettre une telle conclusion. Les enfants sont mineurs sans doute ; mais est-ce une raison pour que la loi dispose de leur travail ? Si, personnellement, ils ne sont pas libres, n'ont-ils pas leurs parents et tuteurs pour les protéger? M. Passy dit que ces tuteurs sont incapables ; mais, tout incapables qu'ils sont, la loi ne leur confie-t-elle pas, sous tous les rapports, la personne et les biens les plus précieux des enfants, et partant, ne peut-elle pas, sans plus d'imprudence, leur confier aussi la disposition de leur travail ? Il peut arriver, je le sais, que les protecteurs naturels de l'enfant soient des hommes immoraux, qui abusent de sa faiblesse, qui le fassent travailler avec excès, et il n'est pas rare que la publicité nous révèle à cet égard des faits véritablement répréhensibles. Quel est le moyen de les empêcher ? C'est là la question. La sagesse ne voudrait-elle pas qu'on se bornât à veiller, à poursuivre judiciairement les faits particuliers réellement punissables, et qu'on s'abstînt d'ailleurs d'assigner à la durée du travail des limites qu'on ne peut fixer sans tomber dans un arbitraire plein de dangers et d'inconvénients ? Où s'arrêter en effet dans cette carrière? Et pourquoi, si l'on doit limiter le travail des enfants, ne limiterait-on pas aussi celui des femmes, celui des adultes faibles ou infirmes, et finalement celui de toutes les classes ouvrières? N'est-ce pas là que l'on tend de l'autre côté du détroit ? N'y a-t-on pas déjà limité à certains égards le travail des femmes ? n'y a-t-on pas même demandé, d'une manière générale, que le travail des adultes fût limité ? Quel mal d'ailleurs, pour prévenir de certains excès, ne fait-on pas, même aux enfants, en limitant leur travail d'une manière générale, et qui ne sent ce qu'en ceci, comme en tout, offre d'impraticable une loi de *maximum* ? On ne saurait trop insister sur la signification des résultats qu'a eus à cet égard la loi anglaise.

M. Franck n'a pas l'habitude de prendre part aux discussions qui touchent à l'industrie et à l'économie politique ; mais, au point de vue de la morale, qui l'intéresse plus particulièrement, il a trouvé une grande force à l'argumentation de M. Passy. Toutes ces questions sont dominées par un côté moral et politique. L'enfant est mineur : le gouvernement, chargé de veiller à la conservation de ses sujets, doit protéger la santé de l'enfant ; il doit aussi vaincre les répugnances des pères de famille, et donner à l'enfance les bienfaits de l'instruction ; autrement vous n'avez plus qu'une population abrutie, avilie, dégradée. Cette question est au fond

Digitized by Google

la même que celle de l'instruction populaire : il n'est permis au père ni de compromettre la santé de son enfant, ni d'éteindre en lui l'être moral. Le seul moyen d'éviter ce double danger, c'est de permettre à l'État de régler lui-même le temps du travail dans les manufactures, et de protéger ainsi les forces physiques de l'enfance en réservant l'œuvre de l'éducation.

M. Blanqui a dit que l'exemple emprunté par M. Dunoyer à l'Angleterre demandait une explication. Admettons que la loi sur le travail des enfants éprouve chez nos voisins des difficultés et des entraves ; que faut-il en conclure ? Que la transition offre beaucoup d'obstacles : il en est de même pour la traite des noirs ; les efforts tentés sur plusieurs points pour l'abolition de la traite ont aggravé le mal sur plusieurs points ; les négriers sont parvenus à éviter la chasse de nos croisières : faut-il pour cela renoncer à l'abolition de la traite? Faut-il de même s'arrêter devant les obstacles qu'éprouve en Angleterre la loi sur le travail des enfants ? Le bien ne s'improvise pas ; en toutes choses, le progrès offre des transitions pénibles. N'enlevons pas à l'État la tutelle de l'enfance. Ne voyons-nous pas tous les jours des pères indignes, que la misère oblige souvent à escompter la santé et la vie de leurs enfants ? L'intervention du gouvernement ne peut avoir que de bons résultats ; il a une belle tâche à remplir. Chez nous, les choses grandes et durables ne se font qu'avec le secours de l'État. L'État exige des sacrifices de l'enfance, il l'enrôle dans ses armées ; il doit veiller sur elle, protéger sa santé et ses forces, et lui assurer les bienfaits de l'éducation. Les obstacles qu'éprouve la loi sur le travail des enfants seront facilement surmontés ; mais il y a une transition qu'il faut traverser avec modération et prudence. Le gouvernement aurait pu prendre des mesures plus efficaces pour assurer l'exécution de la loi, nommer, par exemple, des inspecteurs salariés ; il aurait pu le faire comme il le fait déjà pour le recouvrement des contributions indirectes. Ce qu'on lui permet dans un but de fiscalité, comment le lui refuser quand il veille à un intérêt moral ? Ce n'est pas la loi qu'il faut accuser d'impuissance ; si elle n'a pas donné des résultats meilleurs, c'est que le gouvernement a reculé avec raison devant une surveillance trop active, et une inquisition qui aurait paru trop pénible aux manufacturiers.

M. Dunoyer serait assurément peiné de faire souffrir les consciences délicates, et il n'a pas plus de faible que M. Franck pour les pères dénaturés qu'on peut *sérieusement* accuser d'abuser de la santé de leurs en-

Digitized by Google

fants; mais la question ici, la grande question est de savoir ce qu'il faut faire pour empêcher cet abus. M. Franck, fait observer M. Dunoyer, trouverait tout simple de procéder à l'empêchement des excès particuliers par des restrictions générales. M. Dunoyer est, à cet égard, moins accommodant. Il croit que ces restrictions causent un grand trouble et qu'elles font bien du mal, même à ceux qu'elles ont l'air de protéger. On ne saurait, avec M. Blanqui, assimiler la résistance qu'elles rencontrent à celle que trouvent les lois répressives de la traite. Il n'y a point à hésiter dans l'exécution de ces lois, parce qu'il n'y a pas à reculer devant la répression d'un crime. Mais peut-on dire qu'on poursuit un crime, quand, d'une manière générale, et sans tenir compte de la situation des enfants, de leur force ou de leur faiblesse, on leur défend de travailler plus de tant d'heures par jour? Assurément non. On ne peut assimiler ici les pères aux négriers. Il s'en faut qu'on puisse toujours les accuser de violence. Ce n'est pas leur faute si la loi anglaise a eu tant de peine à être exécutée. C'est de leur plein gré que les enfants ont quitté les manufactures réglementées pour affluer en masse dans celles que la loi avait laissées libres. Pour atteindre un but louable, on cause un dommage réel, général, permanent; on fixe au travail, qui est un objet d'échange, une durée maximum et minimum; on trouble, on arrête la marche des manufactures; et cela quand on pourrait obvier, par des procédés judiciaires, à la seule chose qu'on doive empêcher, c'est-à-dire à ce qu'il peut y avoir ici de véritablement punissable. Mais telle est en France notre manie. Nous ne savons empêcher le mal qu'en entravant le bien. Nous ne croyons qu'à l'administration, et n'avons aucune foi dans la justice. Aussi administrons-nous infiniment trop, et avons-nous, comme juges, le tort de ne pas veiller assez.

M. Mignet trouve insuffisante la répression judiciaire; il faut, pour réprimer judiciairement, des faits formels, saisissables, et qui puissent être punis en vertu d'une loi. Or, il est impossible de rencontrer ici les conditions légales d'un délit, de saisir même le moment précis, certain, où se commet la faute punissable. On prétend que la liberté illimitée du travail produit des effets désastreux pour la santé ou l'intelligence des enfants; mais comment et à quel moment saisir et réprimer les excès dont on se plaint? Le mal ne vient pas de faits définis et isolés; il se produit lentement, insensiblement, avec les années. La répression judiciaire est donc ici tout à fait impossible, et il faut prévenir de pareils abus, quand on ne peut les réprimer.

Digitized by Google

M. Dunoyer, pressé par M. Mignet de formuler le système de répression judiciaire qu'il pense qu'on pourrait utilement substituer aux règlements destinés à limiter pour les enfants la durée du travail, répond que la difficulté, à cet égard, consiste surtout à s'accorder sur le but qu'on peut raisonnablement vouloir atteindre; qu'il serait insensé de prétendre soustraire les enfants aux nécessités de leur situation; qu'il est à peu près impossible d'éviter qu'ils suivent la condition de leurs parents, et séjournent à la fabrique aussi longtemps qu'eux; qu'interrompre le travail pour les enfants, c'est l'interrompre pour tout le monde; qu'à vrai dire, ce que la loi devrait se proposer, c'est moins de régler la durée du travail, que de rendre les parents et les chefs de fabrique responsables des maux des enfants qu'on pourrait justement attribuer à un travail excessif, que de réprimer dans le travail imposé ce qui affecterait un caractère de violence, que de punir les brutalités, les sévices qui pourraient s'y mêler, et, en général, de défendre, dans le traitement que les parents et les maîtres feraient subir aux enfants, tout ce qui pourrait justement être qualifié de délit; qu'à la vérité une telle législation, même habilement faite et soigneusement exécutée, n'aurait pas la puissance de mettre les enfants à l'abri de tous les inconvénients de leur condition; mais que c'était là une fin à laquelle on ne pouvait sensément tendre, et que pouvait seul se proposer un régime dont le principal caractère était de ne douter de rien; que si cette législation ne préservait pas les enfants de tous maux, elle n'aurait pas du moins pour eux, pour leur famille et pour l'industrie en général, les inconvénients graves et compliqués des lois arbitraires par lesquelles on prétend limiter la durée du travail. M. Dunoyer ajoute, en terminant, qu'il ne saurait improviser les dispositions que M. le secrétaire perpétuel lui demande; mais qu'il pourra plus tard, si ses confrères l'agréent, entrer dans plus de détails sur le sujet qui vient de faire l'objet de l'entretien de l'Académie.

M. Berriat Saint-Prix, membre de la section de législation, vient de mourir; il a suivi avec zèle les travaux de l'Académie jusqu'au dernier moment : huit jours avant sa mort, il a donné lecture d'un rapport sur le *Traité général des assurances* de M. Alauzet. Il avait bien voulu nous communiquer ce travail, que nous publions intégralement.

M. Berriat Saint-Prix s'est exprimé en ces termes :

En 1842, vous mîtes au concours la théorie et l'histoire du contrat

Digitized by Google

d'assurance. Quatre Mémoires vous parvinrent en 1843; aucun n'ayant satisfait à vos vues, exposées dans le programme, vous prorogeâtes le concours jusqu'au 1er novembre 1844; vous fûtes encore moins heureux : un seul Mémoire, et beaucoup plus court qu'aucun des précédents, vous fut adressé, et vous jugeâtes d'après cet essai devoir retirer le sujet du concours et lui en substituer un autre.

Toutefois votre tentative n'a pas été, et bien loin de là, sans fruit et pour la science et pour la Société. L'auteur de l'un des quatre premiers Mémoires que vous aviez distingués et auquel vous aviez même accordé un encouragement, M. Alauzet, avocat, sous-chef au ministère de la justice, a sans doute renoncé à se présenter lors de la prorogation du concours; mais, dans l'intervalle, il a approfondi sa matière, et il est résulté de ses travaux et recherches un ouvrage fort remarquable sur les diverses espèces d'assurances, ouvrage six fois plus considérable que le Mémoire primitif honoré de vos éloges, ouvrage qui manquait, en quelque sorte, parce qu'il réunit plusieurs points dont quelques-uns seulement ont été traités séparément par divers jurisconsultes.

Vous pourrez juger du mérite de ce nouveau travail par l'analyse qu'en a donnée un journal de droit, publié en anglais à Boston, le *the Law Reporter* du mois de juin dernier, dans un article sur les derniers ouvrages français relatifs à l'assurance (page 49 et suivant), rédigé par M. Sedgwick, publiciste distingué, de travaux duquel nous avons déjà eu l'honneur de vous entretenir en 1844, (séance du .... septembre).

Le suffrage d'un Américain a d'autant plus de poids en cette occasion que sa nation, placée au second rang pour le commerce maritime, a dû examiner avec soin tout ce qui était relatif à l'assurance. D'ailleurs, excepté pour le droit purement politique ou constitutionnel, elle suit à peu près les lois et la jurisprudence de l'Angleterre, État où la même matière a dû être encore plus approfondie.

Nous croyons donc faire une chose utile en analysant ou rapportant les principaux passages du journal de Boston, relatifs à l'ouvrage de M. Alauzet, sauf à y joindre quelques courtes remarques. Ils seront d'ailleurs une confirmation des éloges que vous aviez donnés au travail primitif de M. Alauzet.

« Le dernier des ouvrages, dit M. Sedgwick, qui figurent à la tête de notre liste, est celui de M. Alauzet. M. Alauzet a donné une explication très-satisfaisante de l'origine du contrat d'assurance; comme ce travail est complétement neuf, nous en exposons le sommaire. Le sujet mérite

Digitized by Google

d'autant plus l'attention, qu'il a échappé à tous les auteurs modernes qui ont écrit sur cette matière. Weskett (1781) ne remonte que jusqu'à l'ordonnance de Barcelone de 1635, et M. Sergeant Marshak s'arrête au même point. Emérigon ne jette aucune lumière sur la question; Pothier, M. Pardessus ni notre Philipps n'ont rien dit sur ce sujet. »

Nous pouvons confirmer et compléter ces observations déjà si importantes de M. Sedgwick.

Dans l'ancien droit, antérieurement à l'ordonnance de 1681, *le Guidon de la mer* tenait lieu de loi, en ce qui concernait les assurances; c'était plutôt un ouvrage de doctrine qu'un acte ayant le caractère législatif; on ignore quel en est l'auteur et même l'époque précise où il a paru. Depuis l'ordonnance de 1681, Valin a écrit sur les assurances maritimes, en commentant les articles de cette loi qui s'en occupaient; Pothier a consacré à cette matière un traité spécial, et Emérigon, venu le dernier, a écrit un ouvrage assez volumineux sur ce contrat, c'est le plus complet; mais ces trois auteurs encore cités et jouissant d'une égale estime, se sont occupés exclusivement des *assurances maritimes*.

Depuis la promulgation du Code de commerce, les commentateurs de cette loi ont écrit également sur les assurances maritimes; quelques-uns, comme MM. Pardessus et Vincens, ont dit en même temps quelques mots sur les assurances terrestres. Il y a une quinzaine d'années environ, M. Boudousquié, MM. Grün et Jolyal, M. Persil, M. Quénault, publièrent presque coup sur coup des traités spécialement consacrés aux *assurances terrestres*. Après tous ces ouvrages, il restait encore quelque chose à faire, savoir un traité général, posant d'abord les principes généraux et communs qui constituent l'essence du contrat, et faisant connaître ensuite les règles particulières à chacune des applications diverses qu'on peut faire de ce contrat : tel a été le but du nouveau travail de M. Alauzet, où il a d'ailleurs établi que le contrat d'assurance n'a point été pratiqué chez les anciens et qu'il est dérivé, au moyen âge, de la proscription du prêt à la grosse, déclaré par l'Église entaché d'usure, sous Grégoire II, (t. 1er, p. 51).

Revenons à ce que dit M. Sedgwick de l'ouvrage de M. Alauzet. « Il est, observe-t-il, divisé en deux parties : la première contient l'histoire du contrat, et les nouveaux développements qu'il est susceptible de recevoir. »

Observons nous-même ici, que M. Alauzet a fondu dans cette partie

Digitized by Google

unique ce qui formait dans le Mémoire présenté à notre concours, la première et la troisième partie.

« Nous avons déjà parlé, reprend M. Sedgwick, de ce qui est relatif à l'histoire du contrat. Les chapitres consacrés par M. Alauzet aux nouvelles applications qui pourraient en être faites, sont très-intéressants. Il regarde l'assurance comme une espèce de balance de compensation destinée à mettre les fortunes individuelles à l'abri des accidents qu'amènent les chances du commerce. En séparant les assurances civiles des assurances commerciales, il subdivise les premières en assurance des patrimoines et des revenus; les secondes, en assurances du profit espéré et de la solvabilité. Ceux qui savent combien ont été lents les progrès de cet estimable contrat; qui se rappellent combien a mis de temps à se développer l'assurance maritime, virtuellement contenue dans le contrat à la grosse; combien de temps encore s'est écoulé, après que l'assurance maritime a été établie, pour que le même principe fût étendu aux accidents du feu, pour qu'il fût appliqué à la vie; ceux qui ont été témoins enfin de la grande modification opérée sous nos yeux dans ce contrat, par l'introduction du principe de la mutualité, ne repousseront pas à la hâte et sans réflexion les nouvelles idées mises en avant et développées par M. Alauzet.

« La seconde partie de son ouvrage est consacrée soit à l'examen de la loi d'assurance appliquée aux accidents maritimes, au feu, à la vie, soit à quelques réflexions sur l'assurance mutuelle. »

Ajoutons ici nous-même que ces matières remplissent également la seconde partie du Mémoire envoyé au concours par M. Alauzet, mais elles ont été traitées avec une bien plus grande étendue dans l'ouvrage imprimé, où elles tiennent plus d'un volume et demi.

« L'ouvrage de M. Alauzet, continue M. Sedgwick, est écrit avec un esprit de recherche soigneuse et de solide instruction, et sera intéressant et profitable pour tout le monde, même pour ceux qui auront bien étudié la matière. Nous parlerons seulement d'une ou deux questions traitées par l'auteur. »

Ici, M. Sedgwick rappelle que M. Alauzet a discuté avec beaucoup d'étendue la question de savoir si les créanciers peuvent assurer en leur nom la propriété de leurs débiteurs. L'usage autorise cette sorte d'assurance aux États-Unis, au moins pour les créanciers hypothécaires. M. Alauzet, embrassant une opinion contraire à celle soutenue par la plupart des auteurs qui ont écrit dans ces derniers temps sur les assurances terrestres, a soutenu que cette opération était illégale pour tous

Digitized by Google

les créanciers sans distinction (t. Ier, p. 201); il regarde, au contraire, l'assurance comme valable, si elle a été faite au nom du propriétaire; les règles de la gestion d'affaires seraient alors applicables. C'est dans ce sens, au reste, que la jurisprudence s'est prononcée (t. Ier, p. 259).

« Une partie considérable du second volume de M. Alauzet, observe M. Sedgwick, est consacrée à l'assurance contre le feu et sur la vie, dont nous ne parlons pas ici faute d'espace. »

Nous allons suppléer brièvement à cette omission forcée de M. Sedgwick.

M. Alauzet a examiné avec beaucoup de soin une question qui divise encore nos Cours royales, c'est celle de savoir si l'assureur, après avoir payé le propriétaire incendié, peut exercer le recours qui appartenait à ce dernier contre ses locataires, en vertu de l'art. 1733 du Code civil; il se prononce pour la négative (t. II, p. 384).

Dans la section consacrée aux assurances sur la vie, M. Alauzet explique comment il se fait que cette application particulière du contrat a été si longtemps proscrite, et parle des erreurs dans lesquelles il soutient que sont tombés à ce sujet le Conseil d'État et les auteurs modernes. Ces réflexions sont nouvelles, et n'avaient été faites par personne avant lui (t. II, p. 455).

« L'ouvrage de M. Alauzet, dit enfin M. Sedgwick, est terminé par un chapitre sur l'assurance mutuelle. On comprend la mutualité bien autrement en France qu'on ne l'entend ici. Chez nous, les compagnies mutuelles sont formées par des personnes qui payent leurs primes, et, par ce moyen, forment un capital pour supporter leurs pertes... Ils sont ainsi assureurs mutuels, mais jusqu'à concurrence seulement du montant des primes payées. En France, ces compagnies sont une association de personnes qui, ainsi que le nom l'indique, se garantissent les unes les autres mutuellement contre toutes pertes; il n'y a pas de limites à l'étendue du sacrifice auquel on peut être exposé, si ce n'est la valeur de la propriété même.

« L'ouvrage de M. Alauzet est la production d'un homme d'un talent évident. Il fait voir une étude profonde du sujet, une grande connaissance des auteurs, et il est rempli d'une critique hardie et sage en même temps. Son ouvrage sera très-utile à toute personne s'occupant de cet objet. Le seul défaut que nous prendrons la liberté de lui reprocher, c'est de n'avoir pas assez consulté les auteurs anglais qui ont écrit sur ces matières. Sans doute, ils sont en arrière des auteurs français sous le

Digitized by Google

point de vue philosophique et généralisateur; mais l'étendue immense du commerce anglais donne une valeur réelle à l'exposition qu'ils font des effets du contrat, et les décisions de leurs Cours, dont M. Alauzet ne parle que très-peu, du temps de lord Mansfield, sont pleines d'importance, non-seulement pour celui qui cherche des espèces, mais aussi pour l'investigateur philosophique. »

Il serait superflu d'ajouter aucune remarque à ces dernières observations de M. Sedgwick. Bien que mêlées de critiques, elles sont trop avantageuses au travail de M. Alauzet pour ne pas nous autoriser à répéter que l'Académie doit s'applaudir d'avoir ouvert un concours, même non suivi de couronnes, puisqu'il a été la cause occasionnelle de la composition d'un ouvrage important, auquel l'auteur n'aurait pas pensé sans ce concours. »

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

Encyclopédie du droit, ou Répertoire raisonné de législation et de jurisprudence en matière civile, administrative, criminelle et commerciale, contenant, par ordre alphabétique, l'explication de tous les termes de droit et de pratique, un traité raisonné sur chaque matière, la jurisprudence des diverses Cours et du Conseil d'État, un sommaire des législations étrangères, publié sous la direction de MM. Sebire et Carteret, avocats à la Cour royale. Chez Videcoq père et fils, et chez Cosse et Delamotte.

Quelques mois à peine se sont écoulés depuis que nous avons annoncé, dans cette *Revue*, la 13e livraison de cette importante publication, et déjà nous pouvons signaler à toute l'attention des jurisconsultes deux livraisons nouvelles, la 14e et la 15e, qui terminent le tome cinquième de l'ouvrage. Ainsi les habiles directeurs de l'*Encyclopédie* ont accompli près de la moitié de leur tâche.

Nous ne reviendrons pas ici sur l'appréciation générale que nous avons faite plusieurs fois de cet utile répertoire. Qu'il nous suffise de dire que les soins avec lesquels l'œuvre est accomplie justifient de plus en plus les éloges qu'elle a valus à ses rédacteurs, et particulièrement aux hommes

Digitized by Google

intelligents qui ont accepté la grave responsabilité d'une direction si difficile.

Mais un côté par lequel il faut surtout signaler l'*Encyclopédie* à l'attention des jurisconsultes, c'est sa grande utilité pratique. Sans négliger les notions théoriques et en en tenant grandement compte, au contraire, les auteurs prennent, de préférence, le droit dans ses applications, s'attachant ainsi à lui donner cette vie qui lui manque quand on le maintient trop exclusivement dans le domaine des théories, et par là ils répondent à un besoin bien réel de notre époque, besoin que tant d'autres méprisent avec une morgue déplacée.

Cette tendance se manifeste particulièrement dans de certaines matières où la pratique se produit dans toute son utilité; nous voulons parler des matières administratives. Certes, il ne manque pas d'ouvrages dogmatiques sur le droit administratif, ouvrages éminents même par la science de ceux qui les ont conçus. Que l'on consulte cependant les hommes qui sont, par leur position, appelés à faire l'application du droit administratif, et ils diront tous que, sauf de rares exceptions [1], ces ouvrages n'ont pu, dans leurs théories impossibles, leur fournir même les éléments d'une solution. C'est là ce qu'on ne saurait reprocher avec fondement aux travaux de l'*Encyclopédie*, et la raison en est simple : c'est qu'en général les matières sont traitées par des hommes qui, mêlés à la pratique des affaires, sont mieux à même que qui que ce soit de combiner avec intelligence, dans leurs travaux, l'élément théorique et l'élément d'application, le premier comme une base essentielle, le second comme susceptible, par ses variétés infinies, d'amener d'inévitables modifications. Aussi, on peut le dire, il n'y a pas de difficulté pratique dont on ne doive trouver, dans les travaux de l'*Encyclopédie*, au moins le principe de la solution. Nous signalerons, à ce point de vue, les articles *Compétence administrative*, *Conflit*, *Conseil d'État*, qui font partie des deux livraisons que nous annonçons ici.

Les mêmes observations pourraient d'ailleurs s'appliquer aux matières civiles, commerciales et de procédure. Citons d'abord le mot *Compromis*, par lequel M. de Vatisménil a complété son beau travail sur l'*arbitrage* qui termine le premier volume de l'*Encyclopédie*, et où il combat, avec

[1] Nous signalerons parmi ces exceptions *le droit administratif appliqué* de M. Dufour, ouvrage qui a eu précisément pour objet de répondre au besoin dont nous parlons ici.

Digitized by Google

une grande autorité de raison et avec une puissance digne, à notre avis, d'une meilleure cause, la jurisprudence nouvelle qui s'est formée sur le sort de la clause compromissoire. Citons encore les articles *Conciliation*, *Condition*, *Congé*, *Conseil de famille*. Il y a, dans tous ces travaux, des qualités propres qui les recommandent à l'attention des jurisconsultes et qui assureront à l'*Encyclopédie*, pourvu qu'elle persévère, une position des plus honorables parmi les plus utiles publications.

Programme d'un cours de droit civil français, par M. Burdet, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

M. Burdet publie, sous ce titre, les cahiers qu'il a rédigés pour servir de programme au cours de droit civil dont il est chargé à la Faculté de droit de Grenoble. C'est encore, comme on le pressent, une publication à l'imitation de celle qui a été faite déjà depuis nombre d'années par un savant professeur de l'école de Paris, M. Demante. Peut-être, à cause du grand nombre d'ouvrages qui répondent au même besoin, une publication nouvelle semblerait à peu près inutile; et cette idée avait un instant arrêté M. Burdet lui-même, ainsi qu'il l'annonce dans sa préface. Mais le professeur s'est bientôt convaincu qu'en fait d'enseignement chacun a son cachet à part, et se plie difficilement à des idées qui ne sont pas les siennes; c'est sous l'inspiration de cette pensée que le livre est offert au public.

Nous en avons la première partie sous les yeux; elle se compose de l'explication des deux premiers livres du Code, qui forment le premier volume, et des deux premiers titres du livre troisième, qui forment la première livraison du tome second: ainsi c'est l'explication de onze cents articles du Code civil, qui en contient deux mille deux cent quatre-vingt-un, en sorte que l'auteur a fourni déjà la moitié de la carrière. Par là même, on voit que la matière a été traitée d'après un procédé fort sommaire. On se tromperait cependant si l'on pensait que le livre de M. Burdet ne contient que des notions purement superficielles; l'auteur ne s'est pas borné à exposer les principes, il a encore sinon discuté, du moins indiqué la plupart des difficultés que la pratique a fait naître, et a livré ainsi à la méditation des élèves un ensemble de problèmes dans la solution desquels il les guide par l'exposition doctrinale des principes par lesquels la matière est dominée.

Mais ce qui distingue surtout la publication que nous annonçons ici, c'est l'introduction historique et philosophique dont est précédé le cours

Digitized by Google

de droit civil proprement dit. Dans ce morceau fort étendu et divisé en deux parties distinctes, appliquées l'une à l'histoire du droit romain depuis les temps les plus anciens jusqu'à la période de décadence de Constantin à Justinien, l'autre à l'histoire du droit français, depuis les Gaulois jusqu'aux temps actuels, l'auteur a su résumer d'une manière nette et précise des notions intéressantes qu'il a puisées dans des documents originaux qu'il a consultés. Ce travail, qui atteste de la part de l'auteur une grande puissance d'investigation, est aussi un témoignage que, sans cesser d'être modeste, il eût pu, en publiant un livre, élever ses vues au-dessus d'une œuvre purement élémentaire.

Manuel complémentaire des codes français et de toutes les collections de lois, par M. J.-B.-J. Pailliet. 2 vol. in 8°. Paris, Alph. Delhomme, éditeur, 1846. Prix, 15 francs.

M. Pailliet, dont le *Manuel de droit français* est universellement connu et estimé, publie, dans le livre dont le titre précède, le texte de toutes les dispositions législatives antérieures à 1789, restées en vigueur. Il n'a pas voulu, comme M. Isambert, donner une collection complète des sources de l'ancien droit français; mais seulement réunir ce qui a survécu à tant de révolutions politiques et juridiques, et ce qui est encore d'une application pratique. A la suite de chacune des dispositions qu'il se trouve ainsi amené à reproduire, il indique dans des notes, souvent développées et toujours fort bien faites, jusqu'à quel point le droit nouveau les a respectées ou au contraire abrogées en tout ou en partie. En même temps, pour faciliter les recherches et donner les moyens de réviser ses propres données, l'auteur indique avec un soin tout particulier les sources où il a puisé. Beaucoup de ces dispositions, pour être bien comprises, exigent une connaissance au moins générale de la constitution juridique de l'ancienne France; c'est pourquoi l'auteur a fait précéder son recueil d'une introduction qui comprend 72 pages et où l'on trouve à cet égard des renseignements succincts, mais exacts. Enfin deux tables, l'une chronologique et l'autre alphabétique, permettent de retrouver facilement, dans cette énorme quantité de textes, celui dont on peut avoir besoin. Au point de vue pratique, l'ouvrage de M. Pailliet nous paraît avoir une utilité et un mérite incontestables, et nous ne doutons pas que l'approbation du public ne récompense l'auteur des longues et patientes recherches qu'il lui a dû coûter.

Digitized by Google

De l'organisation légale des cours d'eau, sous le triple point de vue de l'endiguement, de l'irrigation et du desséchement, par MM. Adrien Dumont, ancien magistrat, avocat à la Cour de cassation, et A. Dumont, ingénieur des ponts et chaussées. 1 vol. in-8°.

L'ouvrage dont le titre précède a pour but de faire connaître l'état de la législation et de la jurisprudence française sur les cours d'eau. Il se divise en trois livres. Le premier traite *des endiguements*, tant sur les rivières navigables et flottables que sur les autres, et à cette occasion des syndicats, des alluvions naturelles et artificielles, des lais et relais de la mer. Dans le livre II, *des irrigations*, les auteurs passent en revue les concessions de prises d'eau sur les fleuves et rivières dépendant du domaine public, l'action réglementaire de l'administration sur l'usage et la distribution des eaux, les droits des riverains sur les cours d'eau, non navigables ni flottables, la servitude légale de passage sur les fonds intermédiaires par les eaux naturelles et artificielles, et enfin les canaux d'irrigation construits par l'État, par les compagnies et par les sociétés d'arrosants. Le livre III, *des desséchements*, traite du dessèchement des terrains submergés, des marais et des étangs. Les auteurs se sont attachés à épuiser la grave matière qui forme le sujet de leur livre, non seulement au point de vue du droit actuel (qu'ils ont exposé parfaitement et complétement), mais encore au point de vue des réformes que sollicitent les puissants intérêts engagés dans le régime des eaux. En conséquence ils ont examiné avec un soin tout particulier les divers projets de loi proposés sur les points les plus importants de la matière et ont donné dans le livre IV un tableau complet de la législation lombarde, qui mérite à tant d'égards de servir de modèle à tous les pays. Enfin, dans une conclusion, ils ont signalé quelques réformes qui sans doute produiraient de bons effets, mais qui seraient encore insuffisantes. L'on regrette que l'extrême modestie des auteurs les ait empêchés de donner, dans cette conclusion, toutes les indications que leur expérience et leurs lumières les mettaient à même de recueillir. Mais, tout en exprimant ce regret, il faut savoir gré aux auteurs de ce qu'ils ont fait. Il serait très-désirable que ce livre fût entre les mains de toutes les personnes qui ont à s'occuper des cours d'eau, soit comme propriétaires, comme juges et comme administrateurs, pour appliquer le droit existant, soit comme publicistes ou législateurs, pour le réformer. Les uns et les autres ne pourraient que gagner à en faire une étude attentive.

Digitized by Google

Manuel de l'expropriation pour cause d'utilité publique, suivi 1° d'un commentaire sur l'expropriation en Algérie ; 2° de la législation complète, et d'un formulaire des actes en cette matière, par M. Debray, avocat à la Cour royale de Paris. Un volume in-8°, chez Durand, libraire.

L'expropriation pour cause d'utilité publique est l'une des matières qui, depuis quelque temps, sollicitent le plus l'attention et les travaux des jurisconsultes ; et il ne faut pas s'en étonner, car, indépendamment de l'importance que donnent à cette partie de la législation les immenses travaux entrepris de nos jours, le public qui, dans les opérations de l'expropriation, intervient à la fois comme partie et comme jury, a le plus grand intérêt à bien connaître toutes les prescriptions de la loi, afin d'être assuré d'obtenir ou de rendre dans tous les cas bonne justice. Le principal mérite d'un ouvrage qui se propose ce résultat, outre la clarté et la précision, c'est d'être complet, et M. Debray nous paraît avoir très-bien remp'i ces conditions. Pour ce qui est spécialement du dernier mérite, il nous suffira de dire que non-seulement il a passé en revue tous les textes qui, en dehors de la loi de 1841, régissent l'expropriation dans des cas spéciaux, mais qu'il a encore examiné les règles auxquelles est soumise l'expropriation pour cause d'utilité publique en Algérie. Il n'a négligé aucun des éclaircissements qu'il pouvait trouver soit dans les monuments législatifs, soit dans la jurisprudence, soit enfin dans les écrits de ses devanciers, et s'est assuré ainsi l'avantage d'être tout à fait à la hauteur de la législation et de la science.

Nouveau manuel complet des experts, ou Traité des matières civiles, commerciales et administratives donnant lieu à des expertises, par M. Ch. Vasserot, avocat à la Cour royale de Paris. 7e édit., 1 vol. in-8°, Paris, chez Arthus Bertrand et Roret.

Le mérite de l'ouvrage de M. Ch. Vasserot est depuis longtemps constaté par le succès : le numéro d'ordre de l'édition que nous avons sous les yeux prouve assez que c'est un livre d'une utilité incontestable. M. Vasserot n'a pas voulu faire un ouvrage de théorie ; il a voulu donner aux experts des règles certaines sur tous les points qui concernent leur important ministère, et il y est très-bien parvenu. Au surplus, le manuel des experts a été conçu, non-seulement en vue de la pratique des expertises, mais encore et surtout en vue des principes sans la connaissance desquels cette pratique serait sujette à des erreurs souvent très-préjudi-

Digitized by Google

ciables. L'ouvrage se termine par des formules de rapports ou procès-verbaux d'experts dans les principales opérations qui peuvent leur être confiées.

System der præventiv-Justiz, Système de la police préventive, par M. R. de Mohl, professeur à Tubingen. 2e édition, 1 vol. in-8o, 1845.

Nous avons rendu compte, dans une précédente livraison (tome XXI, p. 529), de l'excellent ouvrage de M. Mohl sur la police, et nous avons dit dans quelles limites il renferme cette science. Ecarter les obstacles *externes* que peut rencontrer le libre et complet développement des facultés humaines, tel est, suivant lui, l'unique objet de la police ; quant à éloigner les obstacles que l'homme lui-même peut opposer à ce libre développement, c'est l'une des missions de la justice. Le livre dont le titre précède traite de cette branche de l'administration de la justice, et ce n'est que pour satisfaire à des habitudes enracinées que l'auteur a consenti, tout en protestant, à le laisser publier comme 3e volume du *Traité de la police*. Après avoir, dans une introduction, donné quelques notices bibliographiques et les raisons qui l'ont déterminé à donner ce nom et cette place à cette branche de l'action de l'État, M. Mohl divise son livre en deux parties. La première, intitulée : *Des principes matériels*, traite en deux chapitres, 1o de la protection des droits de l'État ; 2o de la protection des droits des particuliers. La deuxième partie, *Des principes formels*, traite : 1o des fonctionnaires et des organes de la justice préventive ; 2o des moyens d'exécution ; 3o de la procédure de la justice préventive. Sous ces rubriques se range toute la matière dans un ordre rigoureusement scientifique. La lecture de cet ouvrage est pleine d'enseignements pour tout le monde, et nous n'en connaissons pas qui mériterait mieux l'honneur d'une traduction : car, d'un côté, la matière est aussi importante que peu connue, et d'autre part, l'on trouve rarement réunis à un égal degré toutes les qualités qui font un bon livre.

Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge, par M. Ch. Giraud, membre de l'Institut, t. I et II. Videcoq, éditeur.

Les deux premiers volumes de l'ouvrage que notre honorable collaborateur, M. Ch. Giraud, se propose de consacrer aux origines du droit français, viennent de paraître. Le premier volume traite des origines helléniques, galliques, romaines et canoniques, avec les preuves à l'appui. Le deuxième volume donne une série de coutumes et de chartes, pour la plupart inédites, et qui serviront de pièces justificatives à la seconde partie (Origines germaniques). Dans notre prochaine livraison, nous parlerons avec détail de cette importante publication.

Digitized by Google

CHRONIQUE.

La nécessité d'étendre le cercle des études administratives est généralement comprise aujourd'hui ; on ne discute plus guère que sur la forme que l'on donnera à cette extension de l'enseignement supérieur. Se bornera-t-on à créer dans les Facultés de droit un certain nombre de chaires destinées à une exposition plus complète du droit administratif, à l'économie politique, à la statistique, à la science des finances, etc. ; ou bien voudra-t-on établir une institution nouvelle, une Faculté des sciences administratives, destinée à former des fonctionnaires, comme les écoles de droit forment des magistrats, des avocats et des officiers judiciaires ? Quel que soit le parti auquel on s'arrête, il est à désirer que la solution ne se fasse pas attendre, car pour organiser sérieusement les conditions d'admission dans les fonctions publiques, c'est par une meilleure organisation de l'instruction supérieure qu'il faut commencer. Les connaissances nécessaires à l'administrateur doivent s'acquérir ; il est toujours périlleux de les confier à l'empire de la routine ou à une sorte d'improvisation aventureuse. Si l'on ignorait moins les principes fondamentaux de l'économie publique, des discussions fort vives aujourd'hui, qui entravent à chaque pas les mesures les plus utiles, ne pourraient même pas s'élever. Au lieu de batailler sur les principes, au lieu d'opposer aux enseignements irrécusables de la science, des préjugés étroits, sous lesquels les intérêts privés viennent s'abriter, on se bornerait à discuter les moyens et l'opportunité de l'application.

En attendant que le progrès, à la réalisation duquel M. de Salvandy travaille en ce moment, soit accompli, un de nos collaborateurs, M. Cabantous, professeur de droit administratif à la Faculté d'Aix, vient de donner un excellent exemple : il va commencer un cours complémentaire d'économie politique, car son expérience lui aura appris que la science des richesses doit servir de base à l'étude approfondie de l'administration publique. C'est pour ainsi dire la grammaire d'une langue nouvelle, que chacun croit pouvoir comprendre et parler d'instinct, tandis qu'elle repose sur des données positives, qu'il n'est plus permis d'ignorer de notre temps.

Digitized by Google

— L'Académie des sciences morales et politiques vient de perdre un de ses membres, M. Berriat Saint-Prix, professeur de procédure civile et criminelle à la Faculté de droit de Paris. M. Berriat Saint-Prix siégeait dans la section de législation; la place qu'il laisse vacante est l'objet de l'ambition légitime de nombreux concurrents. On nomme en première ligne MM. Vivien, ancien ministre de la justice et vice-président du comité de législation au Conseil d'État; Renouard, conseiller à la Cour de cassation; nos savants collaborateurs MM. Faustin-Hélie et Ortolan; M. Macarel, conseiller d'État; M. Laferrière, professeur de droit administratif à la Faculté de Rennes, et M. de Cormenin. Les titres sérieux de ces nombreux candidats prouvent combien l'étude de la législation gagne du terrain en France.

En parcourant cette liste, on ne peut se défendre d'un regret, et l'on se demande pourquoi le nombre des membres de cette section de l'Institut n'est pas plus considérable. Tandis que l'Académie des sciences compte soixante-trois académiciens titulaires, tandis que l'Académie française, l'Académie des beaux-arts et l'Académie des inscriptions et belles-lettres, en possèdent chacune quarante, l'Académie des sciences morales et politiques, qui embrasse dans le cercle de ses travaux la philosophie, la morale, la législation, l'histoire et l'économie politique, est réduite au chiffre restreint de trente membres, divisés en cinq sections, dont chacune ne compte que six titulaires. Cette différence s'explique difficilement, et il est à désirer qu'un équilibre légitime se trouve un jour établi.

— La commission nommée par M. le ministre de la justice pour examiner les questions qui se rattachent à la révision du régime hypothécaire, a réparti le travail entre ses membres, en se divisant en sept sous-commissions. Les deux problèmes essentiels sont ceux qui concernent l'organisation du crédit territorial et les hypothèques légales; la sous-commission chargée d'examiner la question du crédit foncier se compose de MM. le comte Portalis, premier président de la Cour de cassation; Pascalis, premier avocat-général à la Cour de cassation; Cauchy, président de chambre à la Cour royale de Paris; Michel Chevalier, professeur d'économie politique au Collége de France; Blanqui, professeur d'économie industrielle au Conservatoire des arts et métiers; et Wolowski, professeur de législation industrielle au Conservatoire des arts et métiers.

La sous-commission à laquelle est confiée l'importante matière des hypothèques légales est composée de MM. le duc de Broglie, pair de France; Dupin, procureur-général à la Cour de cassation; Rossi, doyen de la

Digitized by Google

Faculté de droit de Paris; Teste, président à la Cour de cassation; Troplong, membre de l'Institut, conseiller à la Cour de cassation.

— Le gouvernement autrichien vient de nommer une commission chargée d'examiner les réformes dont serait susceptible l'enseignement du droit. Cette commission est composée ainsi qu'il suit : M. de Pillersdorf, grand-chancelier, président; M. Plappart, conseiller aulique, rapporteur; M. Jenull, conseiller aulique (précédemment professeur de droit criminel); MM. Kudler et Winivarter, conseillers auliques et professeurs; M. Kopetz, professeur à Prague; et MM. Springer et Hyé, professeurs à Vienne. La commission doit se réunir dans le courant de décembre.

— Le célèbre jurisconsulte américain, Joseph Story, professeur à l'Université de Harward, à Cambridge, et juge à la Cour supérieure des États-Unis, vient de mourir. Il était l'auteur d'un excellent traité *Du conflit des lois étrangères et nationales*, et d'un traité de la *Juridiction d'équité*, ainsi que d'un commentaire très-estimé sur la constitution fédérale des États-Unis d'Amérique. Ce dernier ouvrage a été traduit en français par M. Paul Odent, docteur en droit, ancien avocat à la Cour de cassation.

— Lors de la dernière distribution de prix à l'École de droit de Paris, le rapport a été fait par M. Roustain, professeur suppléant, qui s'est acquitté avec distinction de cette tâche délicate. Nous regrettons de ne pas pouvoir faire des citations étendues de son intéressant travail. Nous nous bornerons au passage dans lequel M. Roustain parle de l'étude du droit romain :

« Si le droit romain, qui, depuis la loi du 30 ventôse an XII, n'a plus en France aucune valeur législative, se trouve encore placé dans nos Ecoles au même rang que notre droit national, ce n'est pas parce qu'il y a là une mine précieuse à exploiter, soit pour les littérateurs, soit pour les antiquaires, soit enfin pour les historiens proprement dits, car le but qu'on doit se proposer en venant passer trois de ses plus belles années sur les bancs d'une Faculté de droit, n'est pas d'acquérir de l'érudition. Mais ce point de vue n'est pas le seul sous lequel se recommande la jurisprudence romaine : elle offre encore, dans la vie réelle, dans les conditions ordinaires de la société, une utilité doublement incontestable.

« D'abord l'étude des jurisconsultes romains est très-propre à développer le sens juridique. Elle a pour le droit, en général, les mêmes avantages que présente l'étude des classiques latins pour la littérature. Cependant, s'il y a des auteurs de la basse latinité, il y a aussi des jurisconsultes

Digitized by Google

qu'on peut qualifier de *minores*. Il est donc nécessaire de faire un choix, et c'est ce que n'a pas fait Justinien quand il a emprunté les éléments de la composition des Pandectes à une masse énorme d'auteurs. C'est cette pensée qui présidait aux travaux de Cujas, lorsqu'il faisait revivre les grands jurisconsultes de Rome, en rassemblant les fragments isolés de leurs ouvrages, comme les architectes recomposent, avec des débris épars, les monuments de l'antiquité grecque ou romaine. Mais lorsqu'on se place à un autre point de vue, lorsqu'on étudie les Pandectes par ordre de matières, au lieu d'y chercher les doctrines de tel ou tel représentant de la jurisprudence romaine, il faut bien apprécier les divers textes qu'on rencontre, et ne leur accorder qu'une attention proportionnée aux mérites respectifs des auteurs. *Suum cuique* doit être la devise du jurisconsulte comme celle de l'homme de bien. Si l'on perdait de vue cette observation, on s'exposerait à méconnaître l'utilité que présente le droit romain sous le rapport philosophique.

« Ce n'est pas là, d'ailleurs, la seule utilité qu'il présente, et ce serait se refuser à l'évidence que de contester l'intérêt de son application aux investigations historiques dans le domaine de la jurisprudence. Comme il existe dans nos Codes une foule de dispositions qui trahissent leur origine romaine, il faut bien, pour les interpréter, remonter à leur source. C'est ainsi que les fragments des jurisconsultes romains deviennent, pour les modernes, une sorte de fonds commun, où ils vont puiser en abondance les saines doctrines juridiques. Ces doctrines, du reste, n'ont pas toutes une égale importance. Il est impossible de placer au même rang la théorie de l'affranchissement entre-vifs ou testamentaire et celle du payement ou de la novation. Il y a donc une ligne de démarcation à tracer entre les doctrines purement romaines et celles qui, aujourd'hui encore, sont susceptibles de recevoir leur application. Peut-être était-ce la pensée du législateur de l'an XII, lorsqu'en organisant les Ecoles de droit, il prescrivait l'enseignement du droit romain dans ses rapports avec le droit français. Prise à la lettre, cette disposition serait destructive de toute étude sérieuse, car une législation quelconque doit évidemment être étudiée en elle-même avant d'être mise en rapport avec une autre ; mais entendues en ce sens que l'intelligence historique du droit français doit être le dernier mot des études classiques de droit romain, les prescriptions de la loi sont éminemment sages, utiles et nationales. »

Digitized by Google

QUELQUES RÉFLEXIONS

SUR

L'ENSEIGNEMENT DU DROIT EN FRANCE,

A L'OCCASION

DES RÉPONSES FAITES PAR LES FACULTÉS PROPOSÉES

PAR M. LE MINISTRE DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE[1].

En rentrant au ministère, un des premiers soins de M. de Salvandy a été de reprendre une pensée féconde qui avait déjà signalé son passage aux affaires, nous voulons parler de la réforme de l'enseignement juridique, question à l'ordre du jour depuis plusieurs années, et qui de façon ou d'autre demande une solution. La haute Commission des études de droit, heureuse création du ministre, a été reconstituée[2]. Un rapport au roi, qui résume et complète en quelques points l'important Exposé de 1838, a formulé les articles sur lesquels doit porter principalement la discussion[3]. Enfin, avant d'être soumis à la haute Commission, ces articles ont été communiqués aux neuf Fa-

[1] Cet article était terminé et déjà presque complétement imprimé, quand M. de Salvandy nous a fait l'honneur de nous appeler dans la haute Commission des études de droit. Cette nomination n'a point modifié nos opinions, et nous ne négligerons rien pour les faire accueillir favorablement; mais si elle nous eût été plus tôt connue, elle nous eût imposé, dans l'éloge comme dans le blâme, une certaine réserve à laquelle n'est point tenu un homme qui ne parle qu'en son nom, et qui n'est point appelé à donner officiellement son avis. C'est ce que nous prions le lecteur de ne point oublier en lisant les réflexions suivantes.

[2] La haute Commission est composée de MM. Rossi, comte Portalis, Dupin, Laplagne-Barris, Béranger, Girod de l'Ain, Frank-Carré, Hardouin, Blondeau, de Fougères, Schutzemberger et Giraud, secrétaire. Depuis que cet article a été écrit, M. de Salvandy y a également appelé MM. Troplong, Laboulaye et Laferrière.

[3] Le rapport au roi a été publié dans la *Revue* de cette année, t. Ier, p. 383. L'exposé de 1838 a été publié à la tête du *Recueil des lois, décrets et ordonnances concernant l'enseignement du droit*. Paris, 1838, et dans la *Revue de législation*. ancienne collection, t. IX, p. 370.

Digitized by Google

cultés du royaume, avec invitation faite à chacune d'elles non-seulement de donner son avis sur les points proposés, mais encore d'indiquer toutes les améliorations qu'elle jugerait convenables. Dans une affaire aussi grave que peut l'être une réforme des Facultés, il était difficile d'agir avec plus de circonspection et de convenance. L'opinion publique avertie longtemps à l'avance, les parties intéressées appelées à déposer dans une enquête solennelle, l'examen de tous les avis remis à une Commission composée de jurisconsultes considérables et de l'élite de nos magistrats, voilà certes un respect de la publicité digne de tous les éloges, et il est impossible d'appeler plus sincèrement et plus complétement la lumière sur une question qu'obscurcissent mille préjugés traditionnels.

Nous venons de lire les délibérations des Facultés, imprimées par ordre du ministre, et accompagnées de tableaux statistiques, féconds en renseignements[1]. C'est une idée vraiment libérale que de soumettre ainsi toutes les pièces de la discussion à l'appréciation du public, juge impartial, quand il est éclairé. Nous craignons seulement que, dans le cas présent, ces réponses officielles ne jettent pas un grand jour sur la question. Les Facultés de province ont été unanimes pour reconnaître la nécessité d'améliorer l'organisation de l'enseignement et la constitution du professorat, mais elles n'ont indiqué ni les causes du mal, ni le moyen d'y remédier. (J'excepte toutefois Strasbourg, qui doit à son voisinage de l'Allemagne des lumières et une expérience toutes particulières, et qui a émis sur la constitution du professorat des idées dignes de toute l'attention du ministre et de la Commission.) Soit modestie exagérée, soit confiance absolue dans les chefs de l'enseignement, les Facultés de province se sont, en général, renfermées dans une grande réserve, ne s'écartant jamais des questions proposées; malgré l'invitation bienveillante du rapport; laissant

[1] *Délibérations des Facultés de droit* sur les questions proposées à la haute Commission par M. le ministre de l'instruction publique. Paris, 1845, imprimerie de Paul Dupont.

Digitized by Google

de côté, sans y répondre, quelques-unes d'entre elles, et non pas toujours les moins intéressantes; et dans les réponses même se bornant plus d'une fois à un blâme ou à une approbation timides. En somme, les huit Facultés reconnaissent qu'*il y a quelque chose à faire*, et désirent une réorganisation qui, en multipliant les ressources scientifiques, permette à la province de résister à l'influence absorbante de Paris; mais elles sont peu d'accord entre elles sur les mesures qui peuvent amener ce résultat, et ne paraissent même pas avoir à ce sujet des idées fermement arrêtées.

Si la province s'est montrée timide dans l'approbation, et plus encore dans la critique du projet ministériel, il n'en est point de même de la Faculté de Paris, qui a pris une attitude décidée, et répond par un NON absolu à toute proposition de changement. L'organisation actuelle est bonne, il n'y a rien à modifier, rien à ajouter : telle est la profession de foi de la Faculté. *Un enseignement qui embrasse le droit romain* (c'est-à-dire les Institutes), *les cinq Codes*[1] *et le droit administratif laisse bien peu à désirer*[2]. *Le développement que l'enseignement a reçu dans la Faculté de Paris dépasse même les besoins, et n'est pas en harmonie avec la brièveté du temps d'études et le nombre légal d'examens*[3]. *Donner plus de développement à l'enseignement du droit criminel dans le cours triennal d'études, ce serait* SURCHARGER LES ÉLÈVES *et les distraire de* LEUR ÉTUDE PRINCIPALE, *celle du droit civil*[4]. *Cet inconvénient serait grave, surtout à la seconde année, consacrée à l'explication de la plus importante partie du Code civil*[5]. Ainsi, point d'enseignement nouveau, à moins d'une prolongation d'études, car les trois années appartiennent avant

[1] Sur les cinq Codes, il y en a deux qui ne figurent dans l'enseignement que pour une faible part, le Code d'instruction criminelle et le Code pénal.

[2] Rapport des Facultés, p. 54.

[3] *Ibid.*, p. 56.

[4] Il est difficile de comprendre pourquoi le droit criminel n'est pas une ÉTUDE PRINCIPALE pour de futurs magistrats, procureurs du roi, avocats, etc.

[5] Rapport, p. 57.

Digitized by Google

tout au professeur du Code civil : telle est, en somme, l'opinion de la Faculté, et depuis longtemps c'est à cette opinion, fausse par son exagération, qu'elle conforme sa conduite. Il y a bientôt huit ans que les Chambres ont autorisé la création à Paris d'une *chaire de législation criminelle comparée.* Il y en a six que M. Cousin a institué une chaire d'*Introduction à l'histoire du droit,* ardemment sollicitée par la Province. Ainsi, seule entre toutes, l'École de Paris a été dotée d'un enseignement philosophique; mais elle s'est bien gardée d'en faire profiter les étudiants, et, sans doute *pour ne pas les surcharger et ne pas les distraire de leur étude principale, celle du droit civil,* les cours nouveaux n'ont point été déclarés obligatoires comme les autres. En d'autres termes, les étudiants qui, dans le système régnant, ne travaillent et ne peuvent guère travailler qu'en vue des examens, ont été prévenus que rien ne les obligeait de suivre ces cours facultatifs, et ont largement profité de la permission. Déjà plusieurs fois on a voulu faire cesser une position fausse pour d'honorables professeurs, et la Faculté elle-même avait compris qu'il n'était point possible de maintenir un état de choses qui porte atteinte à sa propre considération; mais dans le rapport au ministre elle se ravise, et *après mûres réflexions,* elle déclare que, *vu l'encombrement de l'enseignement, elle ne peut persister dans le vœu précédemment exprimé de voir déclarer immédiatement*[1] *obligatoires les cours qui ne le sont pas encore*[2].

Telle est l'opinion de la Faculté en ce qui concerne l'organisation de l'enseignement. (Nous examinerons plus loin la question du professorat.) Il lui faut ce qui existe, rien de plus, quelque chose de moins si l'on veut. C'est là ce qu'on appelle *éviter* dans ses avis *un attachement aveugle au présent, qui, fermant les yeux sur les besoins nouveaux, ou sur les abus existants, fixe-*

[1] *Immédiatement* veut dire ici : tant que l'étude du droit ne durera que trois années.

[2] Rapport, p. 59.

Digitized by Google

rait l'enseignement dans la routine, et exclurait absolument le progrès [1].

Il y a quelque vingt ans, une opposition aveugle aux demandes d'un ministre bien intentionné, qui consulte toutes les opinions avant de prendre un parti, une telle opposition, dis-je, eût passé pour un acte héroïque, et mérité tous les suffrages de la presse; mais aujourd'hui, grâce aux progrès de l'esprit public, nous n'en sommes plus là. Il ne suffit plus de faire de l'opposition, il faut encore avoir raison, même contre un ministre. C'est une nécessité à laquelle les corporations, quelque haut placées qu'elles soient, n'échappent pas plus que les individus. Or, nous le disons avec regret, la Faculté de Paris en se refusant à toute amélioration, en déclarant impossible toute modification du système régnant, s'est placée sur un mauvais terrain et a compromis la cause même qu'elle voulait soutenir. A qui persuadera-t-on qu'un enseignement borné aux Institutes, au droit civil et commercial et au droit administratif, soit complet, même comme enseignement pratique? Et d'ailleurs, le droit n'a-t-il donc ni passé, ni avenir, ni histoire, ni philosophie? Et pour cette histoire et cette philosophie, la base même de la science, il n'y a point de place dans une Faculté? Nous sommes condamnés à garder toujours en France un haut enseignement dans lequel il ne sera jamais question des doctrines auxquelles Grotius, Kant, Montesquieu, Jouffroy ou Savigny ont attaché leur nom? Les Académies, les savants, les magistrats les plus considérés pousseront de tout côté à l'étude de notre ancienne jurisprudence; mais à Paris il y aura une enceinte dans laquelle on ne prononcera jamais, devant de futurs licenciés, le nom des Beaumanoir, des De Fontaines, des Pithou, des Coquille, et cette enceinte sera la Faculté de Droit! Que voulez-vous, dira-t-on, l'enseignement est déjà *encombré!* Si les délibérations n'étaient imprimées, qui ne m'accuserait d'inventer, si je disais qu'à Paris, dans le premier éta-

[1] Rapport, p. 52.

Digitized by Google

blissement du royaume, on déclare ingénument qu'il est inutile d'établir une chaire spéciale de législation criminelle (chaire réclamée par toutes les autres Facultés sans exception)[1], parce que le professeur de procédure trouve le temps de donner à la hâte quelques notions de droit pénal, *sans embrasser les théories élevées du criminaliste qui demande compte à la société du droit qu'elle exerce sur la vie ou la liberté de ses membres*[2]? En d'autres termes, il y a à l'École de Paris, au dix-neuvième siècle, des professeurs, des savants qui s'imaginent qu'on peut faire aujourd'hui un cours de droit criminel sans prononcer le nom de Beccaria, de Kant, de Romagnosi, de Rossi, de Niccolini, et qui trouvent singulier qu'on veuille offrir à l'esprit des étudiants autre chose qu'une glose insignifiante sur cent articles du Code pénal; aveugles, qui ne s'aperçoivent pas qu'ils font ainsi la plus sanglante satire du système qu'ils croient défendre par de semblables raisons[3]!

Pour retarder une réforme nécessaire, la Faculté fait grand bruit de l'*encombrement* de l'enseignement; mais en vérité rien de plus faible que cette objection. Les élèves en droit suivent en moyenne trois cours par année; ce n'est pas deux heures de leçon par jour. Il n'y a point d'étudiant en Allemagne qui ne consacre au moins le double de temps aux mêmes occupations, il n'y a point d'enfant dans un collége qui ne travaille quatre heures avec le professeur, sans que sa santé ni son esprit souf-

[1] Les idées émises sur ce point par la Faculté de Strasbourg, sont des plus remarquables.

[2] Rapport, p. 57.

[3] Dans la plupart des Universités d'Allemagne, à Berlin, à Breslau, à Iéna, à Leipsig, etc., l'enseignement du droit criminel est l'objet de deux cours distincts : *droit criminel*, *procédure criminelle*, accompagnée d'un *practicum* ou exercices pratiques sur l'instruction et le jugement des procès criminels. Chacun de ces cours dure un semestre à quatre leçons par semaine. A vingt semaines de travail utile, cela fait cent soixante heures de leçons. A Heidelberg, M. Mittermaïer consacre à cet enseignement onze à douze heures par semaine, soit deux cent vingt à deux cent quarante heures par semestre. A Paris, on prétend y consacrer, et très-suffisamment, un semestre à trois heures de leçon par semaine; c'est à peu près soixante heures.

Digitized by Google

frent aucunement de ce travail modéré.—*Avec le nombre légal d'examens*, cela n'est pas possible, dit la Faculté. — J'admets pleinement cette objection ; mais si elle est fondée, c'est-à-dire si, dans l'organisation reçue, il est impossible d'agrandir l'enseignement et d'exiger des jeunes gens des études plus sérieuses, comment ne voit-on pas que cette organisation est jugée ? Si elle ne se prête pas aux progrès qu'a faits la science, si elle est un obstacle à sa diffusion, pourquoi maintiendrait-on un système coûteux et stérile ? Qu'est-ce que l'examen ? un moyen de constater les connaissances de l'étudiant, et rien de plus ; si ce moyen de contrôle vient à gêner le développement de la science, s'entêtera-t-on à le conserver ? Ou dira-t-on qu'il n'y a pas d'autre système possible, quand à nos portes, une organisation différente, reçue dans vingt-une Universités, donne les résultats les plus satisfaisants ? A Paris, avec un budget de 270,000 francs et vingt-cinq professeurs, on obtient dix-huit cours sur onze sujets différents, et soixante heures de leçons par semaine. A Berlin, grâce à un régime meilleur, et avec une dépense qui n'atteint pas cent mille francs, quinze professeurs donnent facilement dans l'année soixante-dix cours sur dix-huit matières différentes, et cent soixante heures de leçons par semaine [1]. A Paris, l'étudiant ne peut rester deux heures par jour à l'École ; à Berlin, il y passe facilement quatre et cinq heures. Voilà, certes, un *encombrement* qui dépasse de bien loin toutes les prévisions du rapport ! Voilà ce qui est *à priori* infiniment moins possible que de rendre deux nouveaux cours obligatoires ; voilà cependant ce qui existe en Allemagne, dans des Facultés de trois, quatre, ou cinq cents étudiants ; voilà ce qui peut facilement se réaliser chez nous au grand profit de la science, des élèves et des professeurs, sans grever le budget, et sans même amener ces créations de chaires nouvelles devant lesquelles tremble la Faculté, dans sa vive sollicitude *pour qu'on ne surcharge point les étudiants*.

[1] Voy. *infra*, p. 340 et 55.

Digitized by Google

Nous le disons avec une peine sincère, le rapport de la Faculté affligera tous les amis du progrès, et ne réjouira que les adversaires de l'École de Paris. On ne peut deviner par quel motif un corps qui représente la science du droit, et qui, à ce titre, devrait chercher tous les moyens de la répandre, un corps pour lequel tout agrandissement de l'enseignement, toute création de chaire nouvelle devrait être un sujet de joie, abdique volontairement le rôle élevé que sa destination lui assigne, repousse obstinément toutes les ressources scientifiques qu'un ministre obtient de la munificence nationale (ressources que réclament toutes les Écoles de province, cent fois plus fidèles à leur caractère et à leur mission), et sollicite pour toute faveur de rester non pas une Faculté (c'est le haut enseignement qui constitue la Faculté), mais quelque chose comme une école préparatoire avec trois classes de Code civil.

Si ce système triomphe, les hommes qui s'intéressent aux destinées de la jurisprudence n'ont plus qu'un vœu à former, c'est qu'on défère à quelque autre établissement le riche héritage que répudie l'École de Paris; car encore faut-il que le haut enseignement du droit ait sa place quelque part, comme l'enseignement supérieur des lettres ou des sciences. Qu'on établisse donc au Collége de France la véritable Faculté de droit, celle où s'enseigneront l'histoire de nos institutions, la philosophie du droit, la législation comparée, le droit canonique; celle, en un mot, où il sera permis de compléter leur éducation aux gens qui croient encore qu'il y a une science du droit autre part que dans les deux mille articles du Code civil.

Loin de nous l'idée de rendre l'École tout entière responsable d'une pareille délibération. Tant que nous n'aurons pas vu les signatures, nous aimerons à croire que la majorité qui a rédigé ce rapport n'est peut-être qu'une minorité. Nous savons d'ailleurs ce que peut l'esprit de corps, et comment par des considérations toutes personnelles, par égard pour les cheveux blancs d'un collègue, par indifférence, souvent même par excès de modestie, on finit par accepter un acte qui, signé de tous, ne représente

Digitized by Google

l'opinion de personne. Quel que soit du reste l'auteur ou les auteurs de ce rapport, leur nom fût-il de ceux qui nous ont toujours commandé le respect, nous n'en dirons pas moins ce que nous croyons la vérité ; car il s'agit de l'intérêt le plus élevé et le plus sacré, de l'intérêt de la science, compromis par les fausses idées et les vues étroites de ceux qui devraient être ses défenseurs naturels. Nous combattrons à outrance le système régnant comme la cause la plus directe de l'infériorité de la science française en certaines parties ; système bâtard qui ne satisfait ni la théorie ni la pratique ; mauvais pour les étudiants dont il rétrécit l'esprit, non moins désastreux pour les professeurs qu'il enlève à l'étude et fatigue par d'inutiles examens. Nous parlerons avec d'autant plus de franchise et d'énergie, que, Dieu merci, nulle question de personne n'est engagée dans la réforme que nous sollicitons. Ce que nous demandons, c'est un changement d'institutions, et il s'agit pour nous d'introduire dans la Faculté non pas un professeur, mais un principe nouveau. Ce principe, qui a fait la fortune des Universités allemandes, se résume en deux mots : c'est la liberté substituée à la servitude, LIBERTÉ POUR L'ÉTUDIANT, LIBERTÉ POUR LE PROFESSEUR.

§ 1. — Du système d'enseignement suivi en France, et de ses défauts.

Quel est donc le système auquel il faut attribuer l'infériorité de l'enseignement; et quel est le vice secret qui a jusqu'à ce jour paralysé les bonnes intentions du gouvernement ? Est-ce à l'organisation du professorat qu'il faut s'en prendre, comme on le fait communément ; est-ce à la sphère trop restreinte des études? Ces deux causes ont sans doute contribué à retarder le progrès ; mais selon nous, ce n'est point là qu'est le principal foyer du mal. Une loi remplacerait demain le concours par un mode meilleur, augmenterait le nombre des chaires, introduirait trois ou quatre cours nouveaux, qu'une telle réforme ne nous satisferait pas. On ouvrirait sans doute un horizon plus

Digitized by Google

large à nos jeunes étudiants, on amènerait dans l'enseignement des hommes qui ajouteraient au lustre de la Faculté, et modifieraient par leur présence l'esprit exclusif qui paraît dominer dans la Compagnie; mais ces améliorations (quelque désirables qu'elles soient d'ailleurs) ne seraient que temporaires, car elles n'iraient point chercher le mal dans sa racine. On aurait agrandi l'enseignement, mais on n'aurait pas changé son esprit; et c'est là qu'est pour nous toute la question. Mieux vaudrait cent fois une réforme qui modifierait l'organisation actuelle, sans introduire dans les Facultés un seul homme nouveau, qu'un changement qui ne ferait qu'augmenter le nombre des professeurs, et satisfaire quelques ambitions, même légitimes, sans modifier profondément le système régnant.

Le vice radical de notre enseignement, c'est le régime de contrainte et de servitude qui ôte au professeur comme à l'étudiant toute liberté d'esprit et toute liberté d'action. Ce système se résume en peu de mots : pour le professeur, cantonnement dans une chaire, que le hasard et non la vocation lui attribue; obligation pour lui de passer toute sa vie renfermé dans un seul et unique enseignement, quels que soient la nature de son génie, la direction de ses études, le changement de ses idées. Pour l'élève, études forcées, c'est-à-dire, obligation de voir exclusivement certaines matières dans un ordre et dans un temps voulu; examens réitérés qui son comme le contrôle du régime adopté par le gouvernement, et qui, destructifs de toute liberté, retirent à l'étude son plus puissant ressort, et contraignent les jeunes gens à n'apprendre que ce qu'il plaît à l'État d'enseigner, dans l'ordre exigé par l'État, dans le temps fixé par l'État, jour par jour, heure par heure, et sans même laisser à l'étudiant la possibilité de choisir, entre divers professeurs, celui dont la méthode ne le rebute pas.

Ce système, que nous devons du reste aux jésuites, peu soucieux des nouveautés, et qui dans l'éducation donnaient une part beaucoup plus grande à la mémoire qu'au jugement, ce système est tellement enraciné en France depuis deux siècles,

Digitized by Google

qu'il est devenu pour nos Facultés comme une seconde nature, et je ne doute point que parmi les personnes les mieux intentionnées, plusieurs ne soient surprises de la critique sévère que je fais d'un ordre de choses qui a pour lui une aussi longue durée. Mais, outre que le déclin des études juridiques date chez nous de l'adoption de ce régime, je prie qu'on veuille bien mettre un instant de côté des préjugés traditionnels, pour examiner, sans prévention, des idées qui ne sont point l'invention d'un cerveau oisif, mais le résumé d'une expérience qui date aussi de deux siècles, expérience faite en Allemagne sur une échelle aussi grande qu'en France, et couronnée, on le sait, du plus éclatant succès. Toute l'Allemagne, l'Autriche exceptée[1], a répudié peu à peu le système qui règne encore chez nous, et c'est au régime nouveau par elle adopté, qu'elle attribue l'éclat de ses Universités. Il est impossible que de la comparaison des deux régimes ne résulte pas une leçon profitable, et c'est cette comparaison que je vais essayer, en m'appuyant sur des documents officiels. J'exposerai d'abord le système allemand, pour qu'on voie bien ce qu'on entend en Allemagne par liberté d'enseignement (*Lern und Lehr Freyheit*), et quelles limites raisonnables on lui trace : j'espère éviter ainsi des récriminations générales, trop ordinaires chez les gens qui, en paroles, poussent tout à l'extrême pour dégoûter du progrès. J'examinerai d'abord la liberté accordée à l'étudiant, je traiterai plus loin de la liberté donnée aux professeurs.

§ 2. — De la liberté d'études (*Lehr* ou *Hærfrey heit*) en Allemagne.

On admet généralement de l'autre côté du Rhin (en laissant de côté certaines opinions extrêmes qui feraient des Universités de simples Académies sans but pratique), on admet, disons-

[1] L'Autriche elle-même, qui a conservé notre système, se préoccupe de la faiblesse de son enseignement comparé à l'état brillant des autres Universités d'Allemagne, et vient de nommer une Commission pour réformer ses Facultés de droit.

Digitized by Google

nous, qu'il y a pour l'Etat un intérêt direct à ce que les hommes qui se destinent à son service, ou auxquels il donne un caractère public, comme les avocats, les notaires, les médecins, justifient avant tout des connaissances générales et spéciales qu'ils ont dû acquérir dans l'Université. On a donc placé à la fin des études (mais à la fin seulement) un examen général dans lequel le candidat, qui a fait au moins trois années d'études [1], est interrogé sur les connaissances les plus nécessaires à sa future profession.

A Berlin, par exemple, l'examen porte sur les matières suivantes : *droit romain*, ce qui comprend 1° l'histoire du droit, 2° les Institutes, 3° les Pandectes [2]; *droit allemand*, ce qui comprend 4° l'histoire du droit public et privé, 5° le droit privé germanique, 6° la procédure civile, 7° le droit criminel, 8° la procédure criminelle, 9° le droit féodal, 10° le droit public, 11° *droit des gens*, 12° *droit naturel ou philosophie du droit*.

A Leipzig, l'examen est plus étendu ; il porte sur les cours suivants : 1° philosophie (logique, méthaphysique), 2° histoire universelle, 3° histoire d'Allemagne [3], 4° histoire du droit,

[1] La loi fixe un *minimum*, parce qu'il est impossible à un homme laborieux et intelligent de mettre moins de trois années pour étudier les sujets nombreux et divers sur lesquels porte l'examen ; mais on n'a point fixé un *maximum*, et encore moins un délai fatal et uniforme, comme on l'a fait chez nous ; car c'est supposer une chose impossible, l'égalité de toutes les intelligences. Qu'importe à l'Etat que l'étudiant reste trois, quatre ou cinq ans dans l'Université, pourvu que pendant ce laps de temps il justifie de son travail. C'est au père de famille à surveiller son fils ; lui seul connaît assez son intelligence pour juger sûrement de la durée convenable de ses études, durée aussi variable que l'intelligence de chaque individu.

[2] Les Pandectes comprennent cette partie du droit romain qui est encore appliquée comme législation civile dans une grande partie de l'Allemagne. C'est un enseignement aussi considérable que celui du Code civil, et qui embrasse à peu près les mêmes matières. Le cours de Pandectes, y compris le droit de succession, qui se donne séparément et en général par le même professeur, dure un semestre à seize heures de leçons par semaine, soit pour vingt semaines trois cent vingt heures de leçon : le Code civil s'enseigne, chez nous, en trois cent soixante heures, à supposer six semestres de vingt semaines et trois heures de leçon par semaine.

[3] On voit qu'en Allemagne on ne croit pas que l'enseignement littéraire soit, pour les étudiants en droit, chose de luxe. M. de Salvandy a soulevé

Digitized by Google

5° Institutes, 6° Pandectes, 7° droit privé germanique, 8° droit saxon, 9° procédure civile, 10° *practica et relatoria*, 11° droit criminel et procédure criminelle, 12° droit féodal, 13° droit canonique, 14° droit naturel ou philosophie du droit.

En Wurtemberg, pays modèle pour l'enseignement, l'examen final embrasse une sphère non moins considérable : 1° histoire du droit romain, 2° Institutes, 3° Pandectes, 4° exégèse de quelque jurisconsulte classique ou de quelque matière spéciale, 5° histoire du droit public et privé de l'Allemagne, 6° droit privé germanique, 7° procédure civile, 8° droit criminel, 9° procédure criminelle, 10° droit féodal, 11° droit commercial, 12° droit public, 13° droit canonique des protestants et des catholiques, 14° philosophie du droit.

Ainsi donc, en Allemagne comme en France, avant de donner à l'étudiant un caractère public, on s'assure qu'il a passé trois ans au moins dans l'Université, et qu'il y a fait des études solides sur les branches principales de la jurisprudence ; sur ce dernier point, on est même plus exigeant de l'autre côté du Rhin que dans nos écoles; l'examen, ou plutôt le concours final, est des plus sévères ; les épreuves y sont multipliées et portent, comme on vient de le voir, sur les parties essentielles de la science. Les deux pays attendent donc un commun résultat de l'institution des Facultés ; mais là se borne la ressemblance ; l'Allemagne a tout à fait répudié notre régime de contrainte, et s'éloigne de nos idées *par le caractère de l'enseignement* et *par les moyens qu'elle emploie pour obtenir de l'étudiant la plus grande somme possible de travail et d'instruction*.

En premier lieu, tout en demandant à la Faculté de lui préparer des hommes dignes d'entrer dans les services publics de la magistrature ou même de l'administration, l'État n'entend point faire de cette préparation la fin essentielle de l'enseignement, et subordonner les études à l'examen qui les couronne. En d'autres termes, le gouvernement n'admet point qu'il ne

cette importante question dans son rapport; mais les Facultés semblent ne l'avoir pas compris, et n'y ont pas répondu.

Digitized by Google

puisse y avoir un autre enseignement que celui des matières sur lesquelles il lui plaît aujourd'hui d'interroger. En France, nous avons une science officielle, c'est l'État qui se charge de nous la compter et de nous la mesurer, et on ne comprend guère chez nous quelle peut être l'utilité d'un cours qui n'aboutit pas à un examen. La fin immédiate des études, c'est de faire des licenciés, et c'est à cette fin que tout aboutit. Chez nos voisins, au contraire, la fin essentielle, c'est la science ; la Faculté est un établissement qui a pour objet principal de développer et d'enseigner la jurisprudence ; l'utilité directe que retireront de ces leçons l'État ou les particuliers n'est que secondaire. C'est une institution publique, à laquelle la nation remet le dépôt de la science et de l'enseignement, dépôt qu'elle doit conserver, enrichir et transmettre aux générations futures ; ce n'est point, comme en France, une école préparatoire de la magistrature et du barreau. Suivant l'expression allemande, c'est un établissement DANS l'État, et non point un établissement DE l'État ; la Faculté vit de sa vie propre, se suffit à elle-même, et a sa fin en elle-même ; car cette fin, c'est la science, et non le service public. Sans doute elle sera la pépinière d'où sortiront la jeune magistrature et le jeune barreau ; mais cette perspective ne doit exercer aucune influence sur la nature de l'enseignement. Spéculatives, historiques ou pratiques, toutes les branches de la jurisprudence doivent être accueillies et étudiées avec la même faveur ; car si (à considérer les choses superficiellement) elles n'ont pas toutes la même importance dans le monde des affaires, elles ont toutes la même valeur scientifique, et délaisser les unes au profit des autres, c'est de la part de l'État ou de la Faculté, fausser l'éducation nationale, et donner à l'enseignement une direction arbitraire et exclusive, c'est-à-dire une mauvaise et dangereuse direction.

Telle est la haute idée qu'on se fait en Allemagne de la mission scientifique des Facultés, et je ne suis en ce point que l'écho de l'opinion commune [1]. Gouvernements et savants sont unani-

[1] MOHL, *Polizeiwissenschaft*. Tubing., 1844, p. 518 : « La liberté intellec-

Digitized by Google

mes pour répéter aux étudiants que si l'État demande certaines connaissances de préférence à d'autres, c'est qu'il est forcé d'aller au plus pressé, et que la faiblesse humaine ne lui permet pas de tout exiger ; mais qu'il n'entend pas détourner les jeunes gens des études spéculatives, élément nécessaire de toute éducation complète, et qui doit se trouver dans les écoles de tout pays qui comprend et aime la science. Loin de proclamer l'encombrement d'un enseignement obligé, trois fois plus chargé que le nôtre, les Facultés avertissent sans cesse les étudiants de ne point sacrifier la science à l'intérêt, en se bornant à ce qu'on appelle dédaigneusement en Allemagne les *Brodstudien* ou *études gagne-pain*, c'est-à-dire aux matières exigées par l'examen. Cette épreuve est partout considérée comme un mal inévitable, et le gouvernement est le premier à s'excuser de donner ainsi, quoique involontairement, une direction forcée aux études juridiques. Notez que ces gouvernements qui cherchent à se justifier, ont commencé par exiger des candidats les connaissances spéculatives et historiques les plus variées, la philosophie du droit, l'histoire du droit romain et du droit national, le droit canonique, qui tient si intimement à l'histoire des institutions modernes, etc., et que par conséquent les études auxquelles l'examen fait tort, sont en quelque façon des études de luxe ; et demandez-vous maintenant de quel côté du Rhin on comprend le mieux la dignité de la science et le caractère de l'enseignement ?

Il faut emprunter à l'Allemagne cet esprit libéral et le faire pénétrer dans nos Écoles. *La science pour la science*, telle doit être la devise des professeurs et des étudiants ; sans ce culte dés-

tuelle est une des conditions essentielles de la prospérité des Universités. Une éducation complète n'est pas possible là où l'Etat peut défendre l'étude de certaines parties de la science, ou interdire certaines manières de rechercher ou d'exposer la vérité. Restreindre l'éducation, c'est aller contre le but même de l'Etat, qui a été constitué pour garantir à l'homme le libre développement de toutes ses facultés.» LEO, *Berliner Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik*, 1829, t. II, p. 506. SCHEIDLER, *Einige wichtige Fragen*, dans le *Jahrbuch der deutschen Universitaten*. Hiver, 1842.

Digitized by Google

intéressé, un haut enseignement n'est pas possible; mais qui se donne à la science sans arrière-pensée[1], professeur, obtiendra des résultats inespérés; étudiant, sera plus tard un homme distingué, quelle que soit la carrière qu'il embrasse. En sommes-nous là en France, et nous faisons-nous de la mission des Facultés une aussi haute opinion? Le rapport de Paris répondra pour nous.

« Tant que des grades ne seront pas légalement exigés, l'organisation d'un enseignement (administratif) spécial sera évidemment prématurée. Car LES COURS DES FACULTÉS ONT POUR DESTINATION LA COLLATION DES GRADES, et les chaires que l'on créerait prématurément ne trouveraient point cet auditoire sérieux et obligé que M. le ministre désire même pour la Faculté des lettres[2]. » Cette assertion de l'École de Paris est incontestable. Oui, aujourd'hui la destination principale de nos Facultés de droit (et nous pourrions dire la même chose de la plupart des autres Facultés), c'est la collation des grades; elles sont, avant tout, *des commissions d'examen*. Rien n'est calculé pour faire travailler le professeur, dont l'occupation principale est d'examiner; et tout est combiné pour empêcher l'étudiant de travailler autrement qu'en vue de l'examen. Là est le mal, là est la cause de l'infériorité de notre enseignement. Conférer et obtenir des grades ne doit être qu'un *accident* dans la vie du professeur ou de l'élève; développer la science et l'étudier, tel est le seul rôle qui convienne à l'un et à l'autre. On ne relèvera pas l'enseignement supérieur en France, tant qu'à ce principe

[1] Quand nous disons qu'il faut se livrer à la science sans arrière-pensée, nous n'entendons pas dire qu'il faut s'abandonner aux études philosophiques ou historiques *exclusivement*; le droit pratique est un élément essentiel de la science, et nous voudrions son enseignement plus complet encore qu'il n'est à Paris; mais nous entendons qu'on ne doit point étudier en vue d'un examen et laisser de côté un cours utile, parce que ce cours n'est pas obligatoire. Que ce soit un cours pratique, comme le droit commercial, ou un cours théorique, comme la philosophie du droit, peu importe : toute mutilation de l'enseignement est fatale.

[2] Rapport, p. 54.

Digitized by Google

stérile et sans avenir, *la Faculté est faite pour conférer des grades*, on n'aura pas substitué ce principe nouveau et fécond : *La Faculté est la représentation vivante de la science ; c'est par elle et chez elle que doit se faire le progrès. Il ne doit pas y avoir un enseignement possible, qu'il soit philosophique, historique ou pratique, qui ne se trouve immédiatement dans la Faculté*[1]. Si la commission se pénètre bien de cette vérité ; si elle se fait une juste idée du caractère élevé qui appartient à l'instruction supérieure, caractère jusqu'à ce jour trop méconnu ; si enfin elle distingue ce qui doit l'être, l'enseignement des Facultés de l'enseignement des colléges, elle comprendra la cause de notre infériorité, et trouvera aisément le moyen d'élever nos Écoles à une hauteur qui peut faire de la France le premier centre littéraire de l'Europe.

Par une conséquence naturelle de la haute idée qu'on se fait en Allemague de l'éducation universitaire, on laisse à l'étudiant toute liberté dans le choix et l'ordre de ses études. L'intérêt de l'Etat étant mis à couvert par l'examen final qui garantit que l'étudiant aura suivi les leçons nécessaires pour obtenir un caractère public, on ne voit pas pourquoi l'Etat exigerait des jeunes gens de commencer par un cours plutôt que par un autre. Ce serait une gêne inutile et sans objet.

Mais, dira-t-on, il y a un intérêt public ou au moins un intérêt scientifique à ce que ces jeunes gens soient dirigés de manière à leur faire perdre le moins de temps possible, et à les guider dans une route où les plus ardents et les plus laborieux peuvent le plus aisément se fourvoyer ?

Rien de plus louable que cette théorie, assurément ; mais il ne faut point s'imaginer qu'on ait en ce point d'autres idées en Allemagne. Tout au contraire, l'État, les Facultés, les savants, sont perpétuellement occupés à chercher les moyens de donner aux études et aux étudiants la meilleure direction possible. Cette

[1] Sur le moyen simple et facile de réaliser cette grande réforme sans grever le budget, voy. *infra*, § 4 et 5.

Digitized by Google

direction fait même l'objet d'une science spéciale infiniment plus cultivée sur la rive droite du Rhin que sur la rive gauche, je veux parler de la *propædeutique*[1]. Il n'est pas rare de voir les savants les plus distingués donner à l'Université des leçons sur la méthode des études universitaires; et le cours fait sur ce sujet à Iéna par Schelling, il y a plus de quarante ans, n'a rien perdu de son mérite et de sa célébrité[2]. Le premier cours que l'étudiant en droit rencontre dans la Faculté, c'est l'*encyclopédie* et la *méthodologie*, qui dès le premier jour lui donnent la carte de la science, et lui indiquent la meilleure route à suivre, et le plus sûr moyen de s'orienter. Ce qui distingue l'Allemagne, ce n'est donc point le dédain de l'ordre et de la direction, mais c'est le libre choix des méthodes laissé à l'étudiant. On le conseille, on ne le contraint pas, et jamais on n'a eu l'idée bizarre et peu scientifique d'employer l'autorité de l'État pour imposer à trois mille jeunes gens un ordre d'étude et des méthodes qui ne conviennent peut-être pas à dix d'entre eux.

Pour que l'État fût fondé à employer ce *compelle intrare* violent, que la science n'admet pas plus que la religion, il faudrait trouver la solution de deux problèmes que, jusqu'à ce jour, l'esprit humain cherche inutilement. Il faudrait démontrer que les hommes sont en possession de la meilleure méthode possible; il faudrait prouver ensuite qu'une seule méthode convient à toutes les intelligences : car, si la méthode officielle est mauvaise, l'État devient responsable de la fausse direction de l'enseignement, et pervertit ou restreint l'esprit de plusieurs générations; et, cette méthode fût-elle convenable, il faudrait bien avouer encore qu'il est injuste de l'imposer à toutes les intelligences, si toutes les intelligences ne sont pas semblables. Et, en effet, exiger de l'élève qu'il suive dans ses

[1] Voy. notamment *Akademische Propædeutik oder Vorbereitungswissenschaft zum akademischen Studium*, par C. Kirchner, directeur de la célèbre école de Pforta. Leipsig, 1842.

[2] *Vorlesungen über die Methode des academischen Studium*, von F.-W.-J. Schelling, troisième édition. Stuttgard, 1830.

Digitized by Google

études un ordre inflexible, lui fixer, avec une précision mathématique, la marche et la durée des leçons, c'est la plus inutile des tyrannies si tous les esprits n'ont pas la même vocation, la même aptitude, le même degré d'instruction préparatoire.

On comprend facilement que l'État prenne une moyenne dans le choix et le nombre des connaissances exigées lors de l'examen. Demander trop, c'est rendre la science impossible ; demander trop peu, c'est la laisser s'avilir ; mais quel rapport y a-t-il entre les connaissances exigées et le moyen de les acquérir ? Que le gouvernement place le but à atteindre ni trop haut ni trop bas, cela se conçoit, et cette affaire le regarde ; mais que lui importe le chemin que prendront les concurrents, s'il y a trois, quatre, dix voies également légitimes? Qu'importe à l'État qu'une tête spéculative débute par la philosophie, rattachant ainsi par un lien sensible l'enseignement qu'il vient de quitter au collége avec celui qu'il vient chercher dans la Faculté ? Si, au contraire, l'étudiant est une de ces imaginations vives pour qui l'histoire a des charmes tout particuliers, en quoi l'État est-il intéressé à gêner cette direction? Pourquoi l'enseignement dogmatique du Code ne vaudrait-il pas l'enseignement exégétique ? Si le droit romain peut être professé de trois ou quatre manières différentes, pourquoi l'étudiant n'aurait-il pas le choix entre la méthode de Doneau, de Cujas, ou de Savigny[1]? En quoi toutes ces différences scientifiques peuvent-elles concerner l'État, et quel intérêt politique peut-il y avoir pour lui à faire prévaloir une école sur l'autre, et à contrarier le libre développement des intelligences, c'est-à-dire, sous un autre nom, le libre développement de la science ? Le régime actuel est, je l'avoue, une énigme que je ne comprends pas dans un pays aussi libre que le nôtre ; je ne puis l'admettre que dans un empire comme l'Autriche, où il y a une science officielle et une vérité d'État, c'est-à-dire de convention.

Dans le reste de l'Allemagne on s'est préservé de ces exagé-

[1] Je suppose la possibilité de concentrer à peu de frais, dans la Faculté, toutes ces méthodes diverses ; je démontrerai plus loin, § 4 et 5, que rien n'est moins difficile.

Digitized by Google

rations, et on n'a point une si grande frayeur de la liberté scientifique. On ne prétend point régenter comme un écolier le jeune homme qui se présente à l'Université; on pense avec raison qu'un citoyen déjà majeur, ou près de l'être, a bien quelque droit à se déterminer librement dans le choix et l'ordre de ses études. Sans doute il y a dans ce système quelques inconvénients individuels; mais, outre que l'étudiant ne peut s'en prendre qu'à lui-même s'il n'a pas suivi les sages conseils de ses maîtres, il ne faut point considérer comme perdu tout entier le temps employé dans une mauvaise direction, et l'effervescence de l'esprit est bien moins dangereuse que son inaction. D'ailleurs ce n'est pas l'intelligence seule de l'étudiant qui gagne à ce système, c'est aussi son caractère, et rien ne l'attache plus au travail que ce premier exercice de sa liberté. Cet enseignement, ce n'est point un joug qu'on a jeté sur sa tête, c'est une tâche qu'il a volontairement acceptée; ce professeur qu'il écoute, ce n'est point un maître qu'il ne connaît pas, ou qui lui est antipathique, c'est l'homme qu'il a choisi entre plusieurs pour être son guide et souvent son ami. Aussi, tandis que chez nous le passage à la Faculté ne laisse aucun souvenir, la vie d'Université reste dans la mémoire de l'Allemand comme le temps le plus heureux, le plus doux, le plus libre de la vie! C'est pour lui l'époque où, sans arrière-pensée, il se donnait tout entier à la science; pour l'étudiant français, c'est le temps où il passait des examens!

A son entrée à l'Université, on remet à l'étudiant un programme détaillé qui doit lui servir de guide pendant toute la durée de son séjour. Ce programme est suivi d'un plan d'études (*studien Schema*) dressé par la Faculté, en général fort bien combiné, et le plus ordinairement suivi par l'étudiant dans ses parties essentielles; mais, je le répète, rien n'est obligatoire, rien n'est forcé; on a pour l'étudiant un respect et des ménagements infinis; car ici ce n'est pas l'individu, c'est la science même qui est en jeu.

Voici le plan d'études de la Faculté de Bonn, doublement curieux par la réserve que la Faculté met dans ses conseils et

Digitized by Google

par le travail qu'elle demande à la masse des étudiants. Il y a plus d'une instruction à tirer de la comparaison de ce riche programme de l'enseignement libre avec le maigre programme de notre enseignement officiel.

PLAN D'ÉTUDES DE LA FACULTÉ DE BONN [1].

Voici le plan d'études qui nous semble convenir à la majorité des élèves en droit; mais nous n'entendons nullement blâmer les modifications importantes que chacun peut y faire par suite de son degré d'instruction, de ses dispositions naturelles, de son talent, de la carrière à laquelle il se destine, et même enfin par suite de considérations tout extérieures, par exemple, à cause de la collision de différents cours, de la préférence pour un certain professeur, de la faiblesse de santé, etc. Dans ce plan, divisé en six semestres[2], nous n'avons compris que les cours purement juridiques, qui sont l'objet habituel des leçons de la Faculté. Mais nous supposons qu'on répartira dans chacun de ces semestres quelque enseignement philosophique, philologique, historique, politique ou scientifique[3]. Nous indiquons parmi ces différents enseignements les cours suivants, comme étant le complément des études juridiques: DANS LA THÉOLOGIE, l'*Histoire de l'Église* et les *Antiquités ecclésiastiques*; DANS LA MÉDECINE, la *Physiologie* et la *Médecine légale*, en y comprenant la *Législation médicale*; DANS LA PHILOSOPHIE, la *Logique*, la *Métaphysique*, l'*Anthropologie*, la *Psychologie* et l'*Histoire de la philosophie*. Parmi les *études philologiques* nous recommandons les *Antiquités grecques et romaines*, l'*Histoire littéraire*, l'*explication de certains classiques*, tels que les discours de Cicéron, l'histoire de Tite-Live, la Germanie de Tacite ou le Dialogue des orateurs, les lettres de Pline, surtout le dixième livre, Aulu-Gelle, etc. Nous n'avons pas besoin d'insister sur l'étude de la langue et de la littérature nationales. Dans les ÉTUDES HISTORIQUES, nous recommandons l'histoire romaine, l'histoire du moyen âge, l'histoire moderne, l'histoire nationale, ainsi que la géographie et la statistique; et même la diplomatique et la science héraldique; enfin, parmi les ÉTUDES ADMINISTRATIVES, nous recommandons la *politique*, le *droit administratif* et la *législation financière*.

Enfin, nous insistons sur l'enseignement religieux (*christliche Religionslehre*) qui se donne publiquement par des professeurs des deux communions, pour que personne ne néglige cette étude essentielle.

[1] Koch, *Die Preussischen Universitaten* (Recueil de documents officiels), t. II, p. 243.

[2] En Allemagne, on compte par semestre, et non par année d'études.

[3] Il ne faut pas croire que ces conseils ne soient pas suivis. Grâce à la réunion des Facultés en Universités, l'étudiant a tous les cours à sa disposition sans sortir de l'enceinte universitaire, et suit presque toujours des leçons dans d'autres Facultés que celle où il est inscrit.

Digitized by Google

Voici maintenant le plan des études purement juridiques, et sa division en six semestres.

PREMIER SEMESTRE.

Encyclopédie et méthodologie de la jurisprudence. — *Institutes*[1]. — *Philosophie du droit* ou, sous un autre nom, *Droit naturel.* — *Histoire du droit romain.* Ces deux derniers cours peuvent être reportés sur un des semestres suivants; l'histoire du droit romain, par exemple, peut accompagner les Pandectes. La philosophie du droit peut se placer dans l'un des derniers semestres. L'encyclopédie, quand le professeur n'en fait pas une simple introduction à la jurisprudence, peut être étudiée une seconde fois, vers la fin de l'enseignement, et cela avec grand fruit. (Exégèse d'un jurisconsulte romain, par exemple, du premier livre de Gaius, ou des Institutes de Justinien.)

SECOND SEMESTRE.

Pandectes, y compris le *droit de succession.* Quand le droit de succession fait l'objet d'un cours particulier, il vaut mieux l'étudier dans le semestre suivant.

Histoire du droit romain. Voy. premier semestre.

Histoire de l'Empire et de la législation germanique. (Explication de quelques anciens jurisconsultes, par exemple, des fragments d'Ulpien, du quatrième livre de Gaius, des *fragmenta vaticana.*

TROISIÈME SEMESTRE.

Droit de succession. Voy. second semestre.

Droit privé germanique, y compris le *droit féodal.* Si le droit féodal fait l'objet d'un cours distinct, il est préférable de le reporter au semestre suivant. *Procédure civile* qui peut aussi se placer dans le quatrième semestre. *Histoire des sources* et *Hermeneutique.* (Explication d'un jurisconsulte classique. Voy. second semestre.) (Explication de quelque ancien coutumier, par exemple, du *Miroir de Saxe*, ou de quelque livre curieux pour l'histoire de l'ancien droit, du *Reineke Fuchs*, par exemple[2].)

QUATRIÈME SEMESTRE.

Droit public, qui peut aussi se reporter au cinquième semestre. *Droit criminel.*

Procédure civile. Voy. troisième semestre.

Landrecht prussien, ou Code civil français. (Exégèse.) (Conférences, *Disputir uebungen.*)

CINQUIÈME SEMESTRE.

Droit canonique, qui peut se placer aussi bien dans le semestre précédent.

[1] Les Institutes sont, en Allemagne, un cours dogmatique sur les éléments du droit romain, sans égard aux *Institutiones* de Justinien.

[2] Le roman du *Renard*, livre aussi riche en détails sur les anciennes institutions germaniques que peut l'être pour nos institutions féodales le roman *du Rou*, *Lancelot du Lac*, et quelques autres.

Digitized by Google

— *Procédure criminelle.* — *Exercices pratiques de procédure.* — *Droit des gens.* (Code civil ou *Landrecht.*)

SIXIÈME SEMESTRE[1].

Exercices pratiques sur la procédure civile et criminelle. — *Rapports,* (*Relatoria*[2].) — *Histoire de la littérature juridique.* — *Second cours de Pandectes.* — Etudes du droit pratique, administratif et financier. (*Politik; Kameral, Finanz und Polizeiwissenschaft.*)

Voici maintenant le programme de Leipsig, qui n'est ni moins complet dans la sphère d'études qu'il embrasse, ni moins réservé dans les conseils qu'il donne aux étudiants.

Conseils sur la distribution convenable des études pour les jeunes gens qui suivent la jurisprudence à l'Université de Leipsig[3].

A. Plan d'études pour qui ne veut rester que trois ans à l'Université.

PREMIER SEMESTRE.

* *Philosophie* (logique et méthaphysique). *Encyclopédie juridique et Méthodologie.* * *Institutes* et *Histoire du droit romain.*

DEUXIÈME SEMESTRE.

* *Pandectes.*

Cours qui doivent être suivis dans l'un ou l'autre des deux semestres, suivant que les circonstances le permettent. * *Philosophie du droit, Philosophie morale,* * *Histoire universelle,* * *Histoire d'Allemagne; Antiquités du droit romain,* quand ce cours ne fait pas partie des Institutes.

TROISIÈME SEMESTRE.

* *Droit privé germanique.*

QUATRIÈME SEMESTRE.

* *Droit privé saxon*[4]; *Procédure.*

CINQUIÈME ET SIXIÈME SEMESTRES.

* *Relatoria* et *practica.*

[1] Le dernier semestre a pour but de préparer à l'examen de sortie, et dans cet examen les exercices pratiques jouent un assez grand rôle.

[2] *Relatoria,* c'est ainsi qu'on appelle les exercices pratiques sur l'art d'instruire une affaire et de rédiger un jugement.

[3] Ce plan est de 1842. Les cours marqués d'un * sont ceux qui sont exigés pour l'examen final.

[4] Dans toute l'Allemagne, on étudie le droit commun germanique (c'est-à-dire l'ancien droit coutumier de l'Empire), et le droit moderne particulier à chaque royaume ou duché. Cette complication, grâce au ciel, n'existe pas chez nous, et permet de simplifier les études juridiques.

Digitized by Google

A répartir dans les troisième, quatrième et cinquième semestres les cours suivants :

*Histoire de Saxe; Droit public saxon, * Droit criminel, * Droit canonique, * Droit féodal, Droit commercial, Procédures suivies pour l'exécution et le partage des biens du débiteur (Konkurs prozess), Exégèse. — Médecine légale. — Examinatoria et disputatoria.*

Dans quel ordre faut-il suivre ces leçons diverses, cela dépend en général du choix de l'étudiant; on peut dire seulement que la place la plus convenable du droit féodal et du droit commercial est après le cours de droit civil, et quant à la *procédure de partage* (*Konkursprozess*), il faut l'étudier ou en même temps que la procédure ordinaire, ou après si on en fait l'objet d'un cours distinct.

Il semble aussi à propos de ne point reculer le droit canonique au delà du troisième ou quatrième semestre. Néanmoins, l'étudiant qui, soit dans le cours d'encyclopédie, soit dans l'introduction au cours de Pandectes, soit dans quelque autre cours des premiers semestres, aura acquis une connaissance suffisante des sources de l'histoire et de la littérature du droit canonique, ainsi que de son influence sur le développement du droit germanique, pourra reculer jusqu'à la troisième année l'étude du droit canonique aujourd'hui reçu en Saxe.

B. Plan d'études pour qui veut rester quatre années à l'Université.

PREMIER SEMESTRE.

Encyclopédie philosophique. Encyclopédie juridique et *Méthodologie. Philosophie* (logique et métaphysique).

DEUXIÈME SEMESTRE.

* *Institutes* et *histoire du droit. * Droit naturel* ou *philosophie du droit; Philosophie morale.*

Cours à répartir dans la première année : *Mathématiques pures. * Histoire universelle. * Histoire d'Allemagne. Antiquités du droit romain, Histoire des sources et autres études du même genre. Disputatoria sur des objets d'étude générale.* (Histoire et philosophie ?)

TROISIÈME SEMESTRE.

* *Pandectes, Examinatoria sur les Institutes.*

QUATRIÈME SEMESTRE.

* *Droit privé germanique.*

CINQUIÈME SEMESTRE.

* *Droit privé de la Saxe.*

SIXIÈME SEMESTRE.

* *Procédure.*

A répartir sur ces deux années : *Mathématiques appliquées, Histoire des États européens, Histoire de Saxe, Droit public de Saxe. * Droit*

Digitized by Google

féodal. * *Droit canon.* * *Droit criminel. Droit commercial. Etudes des sciences politiques et administratives. Procédure d'exécution et de partage. Seconde étude des Pandectes. Examinatoria et disputatoria* sur les parties de la science déjà étudiées. Sur l'ordre à établir entre ces divers enseignements, voyez, du reste, ce qu'on a dit plus haut.

SEPTIÈME ET HUITIÈME SEMESTRES.

* *Relatoria. Practica.* Études d'*administration*, de *statistique*, de *législation financière*, qui, lorsque les circonstances et la nécessité l'exigent, peuvent se placer aussi dans la troisième année. *Histoire littéraire de la jurisprudence*, *Hermeneutique du droit romain*, *Medicina forensis. Continuation des examens* et *des conférences.*

Du reste, que la durée d'études soit de trois ou quatre ans, on recommande expressément de suivre, surtout dans le premier semestre, des leçons de mathématiques et de philologie. Les premières aiguisent l'intelligence et exercent le raisonnement, les dernières maintiennent en communication avec l'antiquité classique, dont l'étude est un préservatif certain contre la routine et contre l'hébétement de l'esprit.

Quiconque se présente devant la Faculté pour soutenir l'examen doit prouver, par les certificats des professeurs, qu'il a suivi les cours désignés par un * dans les deux plans d'études [1].

A ce système large et bien combiné, qui, en donnant à l'étudiant de sages conseils, dirige son choix sans gêner sa liberté, opposons le système de l'enseignement officiel.

Il semble au premier abord que là où l'Etat se charge de régler l'enseignement, d'en déterminer l'objet et la marche (mission qui n'est pas de son ressort assurément; qu'il s'assure de son esprit, voilà son droit et rien de plus), il semble, dis-je, que tout devrait être calculé avec soin pour obtenir le meilleur résultat scientifique; il devrait y avoir sur ce point des usages, des traditions invariables; car un enseignement qu'on changerait brusquement tous les cinq ou six ans, non-seulement trahirait un défaut d'organisation, mais encore accuserait chez les directeurs des études une légèreté et une absence de principes déplorable.

A-t-on en France quelques principes, quelques idées arrêtées sur l'objet de l'enseignement et le meilleur ordre à suivre? Je m'en rapporte au tableau ci-joint, et ne veux point faire de critique. Qu'ajouterais-je d'ailleurs à l'éloquence des faits?

[1] Extrait du *Jahrbuch der deutschen Universitæten*, t. II, p. 273 et suiv.

Digitized by Google

PLAN D'ÉTUDES.

	1804[1].	1809 (27 août).	1815 (13 novemb.).
1re année.	1er cours de *Code civil. Institutes de Justinien et droit romain (dans ses rapports avec le droit français).*	Id.	Id.
2e année.	2e. *Code civil. Législation criminelle et Procédure civile et criminelle.*	Id.	Id.
3e année.	3e. *Code civil*, y compris le *droit public français* et le *droit civil dans ses rapports avec l'administration publique*	Id. et *Code Napoléon approfondi.*	3e. *Code civil. Droit commercial et droit administratif* (par un même professeur).
4e année. Doctorat.	Deux cours de *Code civil* (déjà vus), au choix de l'étudiant. 2e cours d'*Institutes.*	*Code Napoléon approfondi. Code de commerce.*	*Droit français et droit romain approfondi* (par un même professeur).

En 1819, réorganisation complète de l'enseignement : suppression de la *chaire de droit français approfondi*, et de l'*enseignement administratif* joint au cours de droit commercial ; établissement de chaires nouvelles : 1° *Eléments du droit naturel, éléments du droit des gens et du droit public général ;* 2° *droit public positif et droit administratif ;* 3° *histoire philosophique du droit romain et du droit français ;* 4° *économie politique.* (Ce dernier cours n'a pas été classé, et il n'y a point eu de professeur nommé.)

Voici maintenant le plan d'études, plan qui a duré un an ; car, sur les réclamations de la Faculté, on l'a changé en juillet 1820 ; deux ans plus tard, on a bouleversé toute la Faculté.

[1] Nous donnons l'organisation du 4 complémentaire an XII (21 septembre 1804). La loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), avait annoncé qu'on enseignerait les *éléments du droit naturel et du droit des gens ;* mais il n'en est point question dans le décret complémentaire.

Digitized by Google

PLAN D'ÉTUDES.

	1819.	1820.	20 mars 1822.	6 septemb. 1822.
1re année.	1er cours *Code civil.* 2e. *Éléments du droit naturel, droit des gens, etc.*	Id. Id. 3o *Histoire du droit romain et du droit français.*	L'histoire du droit est supprimée en 1re année.	Institutes. Code civil.
2e année.	1o 2e. *Code civil.* 2o *Institutes du droit romain.*	Id. Id. 3o *Procédure civile.*	Id.	2e. Code civil. Procédure civile.
3e année.	1o 3e. *Code civil.* 2o *Procédure civile et criminelle*, ou, au choix des étudiants, *Droit public et administratif français.*	Id. 2o Code de commerce. 3o Droit administratif.	Histoire du droit, ou droit administratif (au choix des étudiants).	3e. Code civil. Code de commerce ou Pandectes, au choix de l'étudiant.
4e année.	1o Cours de *Code de commerce.* 2o *Histoire philosophique du droit romain et du droit français.*	Institutes du droit romain. Histoire du droit. Droit administratif (3 cours déjà suivis).		2 cours de Code civil. 1 cours de droit romain. (3 cours déjà suivis.)

Ainsi l'ordonnance du 6 septembre 1822, ordonnance émanée d'un gouvernement brutal et ennemi des lettres, supprime le *droit naturel*, l'*histoire du droit*, le *droit administratif*, et la chaire promise d'*Economie politique*, c'est-à-dire l'enseignement purement scientifique ; *on veut*, dit l'ordonnance, *disposer les cours de la Faculté de droit de Paris, de manière que les étudiants n'y reçoivent que des connaissances positives et usuelles*. Si on y introduit un cours de Pandectes, on a soin de spécifier que les *Institutes de Justinien et les Pandectes seront enseignées principalement dans leurs rapports avec le droit français ;* en d'autres termes, sous le nom de droit romain ou de droit français, il n'y aura plus dans l'Ecole qu'un seul enseignement, celui du Code civil.

Une pensée de vengeance, une idée politique a suffi pour bouleverser toute la Faculté ; et pour punir quelques étudiants mê-

Digitized by Google

lés dans une émeute, on mutile la science ; grande leçon qu'on ne doit pas perdre, et qui nous apprend quel danger il y a dans tous ces systèmes où l'administration dispense l'enseignement !

Depuis cette ordonnance, qui restera comme une tache sur la mémoire du ministre qui l'a signée, le gouvernement a généralement agi dans un meilleur esprit ; mais l'enseignement n'a pas été plus stable. En 1828, rétablissement du cours de *droit administratif* déclaré obligatoire pour les étudiants de troisième année ; en 1829, création d'une chaire du *droit des gens* et d'une chaire d'*histoire du droit romain et du droit français* pour les aspirants au doctorat ; en 1830 (29 mai), création déjà reconnue nécessaire d'une chaire de *procédure de législation criminelle*, placée à la seconde année ; trois mois plus tard, la Faculté profite de la révolution de Juillet pour obtenir la suppression de cette chaire, *sa création ayant porté atteinte aux droits acquis des professeurs précédemment institués sous le titre de professeurs de législation criminelle et de procédure civile et criminelle* ; en 1834, établissement d'un cours de *droit constitutionnel*, obligatoire pour l'examen de licence ; à la même époque, le Code de commerce est déclaré obligatoire pour les étudiants de troisième année, et les Pandectes sont reportées au cours de seconde année ; en 1835, le droit constitutionnel est reculé d'un an et n'est plus obligatoire que pour les aspirants au doctorat ; en 1837, création d'une chaire de *législation criminelle comparée*, qui, n'étant pas classée, se trouve en dehors de la sphère des études ; en 1840, création d'une chaire d'*introduction générale à l'étude du droit*, placée par l'ordonnance à la première année, mais non déclarée obligatoire et par conséquent à peu près abandonnée. S'arrêtera-t-on là ? Non assurément. Le système actuel prête le flanc aux plus graves objections, et il est probable que des délibérations de la commission il résultera un changement qui déplacera encore une fois certaines parties de l'enseignement.

De cette énumération ne résulte-t-il pas jusqu'à l'évidence

Digitized by Google

qu'aucune idée scientifique, aucun principe avouable n'a présidé à tous ces systèmes officiels? On a créé des chaires et on les a supprimées par des considérations politiques ou personnelles, et ces modifications ont entraîné des changements arbitraires dans l'ordre des études; mais on ne s'est jamais posé la question du meilleur système d'enseignement; on a gêné l'étudiant sans but, sans motif, sans se douter même qu'on dût s'occuper de lui, et qu'il eût quelques droits à faire valoir en pareil cas. Aussi notez bien que tous ces changements n'ont jamais été en progrès l'un sur l'autre, et, par exemple, le plan de 1819, qui met au début les études spéculatives, la philosophie et l'histoire du droit, nous semble mieux calculé que l'ordre régnant, dans lequel la philosophie du droit est supprimée, et l'histoire du droit placée à la quatrième année, c'est-à-dire hors de la portée des neuf dixièmes des étudiants.

Chose bizarre! en Allemagne, sous des gouvernements absolus, les études sont complétement libres et en dehors de l'action de l'État. En France, dans un pays libre, c'est tout le contraire, et le gouvernement tient tout dans sa main. Cependant, c'est dans le premier pays, où tout est permis, que règnent l'ordre et la stabilité; c'est dans le second, où tout est défendu, que tout est arbitraire et variable à l'infini. Qui jamais a entendu parler de suppression ou de déplacement de chaires à Halle, à Leipsig, à Berlin? Depuis longtemps l'expérience, les conseils des professeurs ont introduit et fait accepter librement un ordre d'études régulier, au moins pour ce qui concerne les parties principales de la jurisprudence. On a pu reconnaître dans les programmes de Bonn et de Leipzig quelques principes communs, aussi sages que féconds, et à ce titre généralement adoptés par les étudiants; c'est, par exemple, de consacrer la première année aux études spéculatives, de n'aborder les études spéciales qu'après les générales, de réserver pour la fin les exercices pratiques; mais je défie qu'on tire un principe quelconque des essais tentés en France. Pas un cours qui n'ait été arbitrairement placé ou déplacé, hormis le Code civil, qui doit

Digitized by Google

sans doute à sa division en trois parties son apparente immobilité.

Il faut donc reconnaître que l'ordre officiel ne peut pas se défendre au point de vue scientifique ; il est arbitraire, il est exclusif, il est antipathique à la liberté d'esprit nécessaire à quiconque veut travailler. C'est en outre un embarras pour le gouvernement qu'il charge mal à propos d'un rôle qui ne lui convient pas, celui d'administrateur et de dispensateur de la science. La liberté d'études, au contraire, ne gêne en rien la surveillance politique de l'État, tout en le débarrassant d'une responsabilité périlleuse. Aussi ne douterais-je pas du triomphe de cette réforme, si, malheureusement, le système régnant ne se liait à l'une des plus détestables institutions qui, chez nous, compriment l'enseignement, je veux parler DES EXAMENS.

§ 3. — Des examens.

Je réclame toute l'indulgence et toute l'attention du lecteur, car j'attaque des idées depuis longtemps reçues, et un régime condamné, il est vrai, depuis longtemps à l'étranger, mais dont en France on ne paraît pas même soupçonner les défauts.

Quel est le but d'un examen? c'est de forcer l'étudiant à s'assurer de ses connaissances, et, en même temps, de donner à l'État et au maître la certitude que l'élève a profité des leçons qu'il vient chercher à la Faculté. Un pareil but n'a rien que de louable, et, pour ne parler que de l'étudiant (puisque nous supposons toujours les droits de l'État garantis par une épreuve finale), c'est un excellent exercice que de le forcer à revenir sur ce qu'il croit savoir, à s'interroger, à s'éprouver, à exercer sa mémoire après avoir exercé son intelligence et son jugement.

Mais les meilleures choses ont des inconvénients quand on les exagère, et il est évident, par exemple, que si l'on multiplie les examens de façon à ôter aux étudiants le temps nécessaire pour travailler sérieusement; si l'on gêne, par cette direction forcée, la libre action de leur intelligence ; si l'on donne tout à la mémoire

Digitized by Google

et rien au jugement, on a dépassé le but qu'on voulait atteindre. Un moyen de contrôle doit toujours rester au second plan et ne pas usurper la place de la science; car, ce qui importe avant tout, c'est évidemment que l'étudiant soit instruit, et non pas qu'il soit examiné.

En est-il ainsi dans notre système, et le contrôle des études est-il contenu dans de justes limites? Je dis que non, et qu'avec le nombre légal et la mauvaise distribution des examens, il est déjà à peu près impossible d'étudier ce qu'on enseigne à Paris, quelque peu complet que soit cet enseignement. Si l'on veut admettre, en effet, qu'avant de se préparer à une épreuve aussi sérieuse, l'étudiant est obligé, pendant les deux mois qui la précèdent, de négliger les leçons ordinaires pour ne s'occuper que des matières sur lesquelles il sera interrogé, on trouvera que cinq épreuves (y compris la thèse), donnent dix mois de préparation; en d'autres termes, que sur trois années il y en a une de perdue pour l'étude et consacrée par l'élève à revoir ce qu'on a dû lui apprendre, ce qu'on ne lui a pas toujours appris. Enlever à l'étudiant un tiers, ou, si l'on trouve que j'exagère, un quart, même un cinquième de son temps utile, franchement c'est trop, et il semble que deux ou trois bons cours de législation criminelle, d'histoire ou de philosophie du droit, remplaceraient avantageusement, pour lui, le temps qu'on lui fait perdre à de stériles épreuves; au moins l'intéresseraient-ils à la science, au lieu de l'en dégoûter, comme font ordinairement les examens.

Ce n'est pas seulement par leur multiplicité que les examens entravent les études, c'est encore par leur mauvaise distribution.

On comprend une organisation dans laquelle chaque année se termine par une épreuve sur le sujet enseigné dans ce laps de temps, en supposant, toutefois, que chaque année comprenne un enseignement complet[1]. Mais ce qu'il est difficile d'admettre

[1] Qu'est-ce, par exemple, qu'un examen qui porte sur le premier tiers du Code civil? Est-ce que par hasard le tiers du Code civil forme une science distincte, et qui peut s'apprendre par elle-même et indépendamment du

Digitized by Google

comme raisonnable, c'est une épreuve étrangère au cours professé dans l'année, qui vient surprendre l'élève au milieu de ses travaux réguliers, et le force de négliger son professeur pour se consacrer tout entier à des études terminées quinze ou dix-huit mois plus tôt. Tel est le premier examen de licence, et, sur ce point, je laisse parler un juge des plus compétents, M. Foucart, doyen de la Faculté de Poitiers, qui tient un rang si honorable dans la science, comme professeur et comme écrivain [1].

« Le premier examen de licence porte sur le droit romain, « dont les élèves n'ont pas entendu parler depuis la première année « d'études [2]. *La nécessité de revoir tout le droit romain fait une « fâcheuse diversion à l'étude des droits civil, commercial et administratif.* Je serais d'avis de le supprimer, convaincu qu'il est « sans utilité pour les étudiants qui ne prennent que le grade de « licencié [3]. » J'ajouterai : non-seulement il est sans utilité, mais il est nuisible. L'étudiant arrive presqu'au milieu de l'année sans s'être occupé des leçons de la Faculté, il se trouve alors en présence d'un dernier examen fort chargé, suivi de la thèse ; que faire en pareil cas? On force le travail, c'est-à-dire on surcharge sa mémoire, souvent même on a recours à ce que nos ancêtres nommaient un *siffleur d'examens*, et, tant bien que mal, on arrive au port. Trois mois après le triomphe on ne sait plus un mot de cette leçon si péniblement apprise, et on serait hors d'état de recommencer l'épreuve. Mais qu'importe ? l'État et

reste? Est-ce qu'on connaît réellement le droit des personnes, quand on n'a pas entendu parler du droit d'obligation ou de succession ? Les connaissances de l'étudiant sont toutes provisoires, jusqu'à ce que, parvenu à la fin du cours, il embrasse d'un seul coup d'œil l'ensemble de l'enseignement ; un jour nouveau éclaire alors toutes les parties, et fait disparaître ce qui jusque-là était nécessairement resté dans l'obscurité. A ce moment on peut s'assurer que l'étudiant a compris le Code et qu'il le sait ; avant on ne peut constater qu'une seule chose, s'il a bonne mémoire.

[1] Rapport, p. 106.

[2] A Paris, ils ont eu un cours de Pandectes, mais ce cours n'a souvent rien de commun avec les Institutes sur lesquelles porte le fort de l'examen.

[3] Strasbourg demande aussi la suppression de cet examen. Rapport, p. 77.

Digitized by Google

la Faculté ont obtenu le résultat désiré : ils ont fait un licencié.

Je suppose ces défauts corrigés, et qu'on admette le sage principe de ne faire d'examens que *sur une matière complétement étudiée, et à une époque où l'épreuve ne pourra pas faire tort à l'enseignement régulier;* on n'aura pas encore remédié au mal que produit la multitude des examens. L'étudiant ne sera pas moins obligé de suivre certains cours dans un ordre et dans un temps donnés, sans avoir même la possibilité d'apprendre autre chose que les matières exigées. Nous revenons toujours à la science officielle avec les défauts que nous avons déjà signalés. Quatre ou cinq cours pratiques, tel est le cercle dont il est impossible de sortir. Quant aux études philosophiques, historiques ou pratiques, qui ne font point partie du programme de l'Etat, il sera permis aux jeunes gens de s'y livrer à leur sortie de l'école; autrement dit, leur éducation officiellement terminée, il faudra la recommencer s'ils veulent savoir quelque chose ; s'ils désirent être savants, ils iront étudier autre part que dans la Faculté, l'histoire et la philosophie du droit. Magistrats, ils apprendront autre part que dans la Faculté, les théories du droit pénal, la pratique civile et criminelle, l'art de faire un rapport ou de rédiger un jugement. Avocats, ils entreront chez l'avoué, ou dans une conférence, pour connaître un dossier et s'essayer à parler; membres de l'administration, il ne leur restera plus à étudier que la législation fiscale, industrielle, ou financière, toutes superfétations qui encombreraient l'enseignement de la Faculté, et auxquelles d'ailleurs les examens ne laissent point de place. Ainsi l'étudiant, quelle que soit la carrière à laquelle il se destine, *quel que soit le temps qu'il veuille passer dans la Faculté*, ne saura pas le quart ou la moitié de ce qu'il faut savoir ; mais il aura été cinq fois examiné s'il veut être licencié, et huit fois s'il lui plaît d'être docteur ; n'est-ce pas le cas de s'écrier avec un personnage de comédie : *Oh! admirable puissance de... l'examen!*

Mais, dira-t-on, la majorité des étudiants ne travaille qu'en vue de l'examen ; supprimez cette épreuve, ou reportez-la à la

Digitized by Google

fin des études, pendant trois années l'élève ne fera rien; l'Etat doit empêcher ce résultat désastreux, il doit en outre garantir au père de famille que son fils ne perd pas son temps dans les écoles, et le surveiller autant que faire se peut. Or, cette surveillance, le seul moyen de l'exercer, c'est l'examen.

Ce raisonnement est plus spécieux que solide. En premier lieu, il est difficile d'admettre que l'Etat soit nécessairement substitué au père de famille dans la surveillance individuelle des étudiants; le devoir de l'Etat, c'est d'organiser l'enseignement de la façon la plus utile, et la plus attrayante pour tout homme de bonne volonté; mais il ne doit rien aux paresseux, aux débauchés, aux incapables. Aller plus loin, c'est transformer le gouvernement en maître d'école, et la Faculté en pensionnat. Ainsi, en dernière analyse, la question du devoir de l'Etat n'est autre chose que la question du meilleur enseignement.

L'étudiant, dites-vous, ne travaille qu'en vue de l'examen: d'accord avec vous sur ce fait, j'en tire des conséquences différentes des vôtres, et je dis que c'est précisément l'examen qui est la cause du marasme de vos Facultés. C'est le système de contrainte qui ôte à l'étudiant le goût du travail et l'amour de la science. C'est ce que prouve l'exemple de l'Allemagne, où le pays à examens, l'Autriche, est précisément celui dans lequel on ne travaille pas. C'est ce que démontre le plus simple raisonnement; et en effet, dans un système de liberté, on conçoit qu'un jeune homme bien né, laborieux (et c'est pour ceux-là qu'est fait l'enseignement, et non pour faire travailler à coups d'examen l'homme qui ne veut rien faire, et qui, mauvais étudiant, sera plus tard un mauvais serviteur de l'Etat), on conçoit, dis-je, qu'un jeune homme qui a choisi ses maîtres, ses leçons, ses méthodes, se passionne pour des études de son goût. C'est le premier usage de la liberté, et ce premier usage peut répandre un certain charme sur des doctrines plus arides que celles de la jurisprudence.

Mais l'homme de vingt ans, que vous traitez comme un enfant, et auquel vous imposez des leçons, des maîtres, des méthodes

Digitized by Google

sans le consulter, sans vous inquiéter de la nature de son esprit, de son degré de culture, de ses inclinations scientifiques, pourquoi voulez-vous qu'il se passionne pour des études qu'il n'a pas choisies? Si le maître que le hasard lui donne est un de ces hommes rares qui savent communiquer le feu sacré aux natures les plus froides ; si, par une seconde chance non moins favorable, sa méthode est celle qui convient au génie de l'élève, alors ce dernier travaillera sans doute ; mais si le professeur (sans cesser d'être un homme de talent), n'a point le secret d'exciter l'attention de ses auditeurs; s'il n'y a aucune sympathie entre lui et les jeunes gens qui l'écoutent; si en un mot, il les ennuie, que voulez-vous que fasse l'étudiant, lié malgré lui à un maître qu'il n'a pas choisi? Contrarié dans ses dispositions naturelles, pourquoi voulez-vous qu'il se fatigue à comprendre des idées qui lui semblent mal exposées? S'il est studieux, il préférera un bon livre à des leçons qui ne lui plaisent pas ; paresseux et découragé, il se mettra au travail à la veille de l'examen ; dans les deux cas, tout le mérite de l'enseignement oral est perdu.

Ainsi le régime de contrainte aura produit des effets diamétralement opposés à ceux qu'on en espérait. Vous avez cru qu'on pouvait d'autorité intéresser l'élève à la science, vous ne l'avez intéressé qu'à l'examen. C'est de la science la seule chose qui le concerne, et de l'étude il ne connaît que les ennuis. Vous avez cru tout au moins le forcer à être attentif, en l'amenant malgré lui devant la chaire du professeur, vous n'avez pas même obtenu ce résultat. Présent de sa personne, son esprit est absent ; régenté comme un écolier, il considère le droit comme un écolier le latin ; pourvu qu'il sache sa leçon au jour donné, qu'importe le reste? Répondre à l'appel, se préparer à l'examen, le passer tant bien que mal, telle est l'occupation des trois plus belles années de la vie ; puis, ces trois années aussi bien remplies, on sort victorieusement de la Faculté aussi étranger à la science qu'au professeur. Est-ce là une fiction, ou l'histoire de la plupart des étudiants ? j'en fais juges ceux qui ont passé par l'école de droit.

Digitized by Google

Qu'on ne croie pas du reste que ce soit d'aujourd'hui qu'on s'aperçoive des inconvénients d'un pareil système ; on s'en plaignait dès avant la révolution, et voici ce que disait à ce sujet, en 1791, devant la Constituante, un homme qu'on n'accusera pas d'être un esprit exagéré, et qui assurément était désintéressé dans la question, c'est M. de Talleyrand[1] :

« Jusqu'à ce jour on a exigé que les élèves parcourussent *tous les degrés* et tous les temps de l'instruction ; *la loi était inflexible à cet égard autant que minutieuse. Le temps des inscriptions, le passage d'une classe à l'autre, l'époque où chaque formalité devait s'accomplir, l'apparence même de l'assiduité étaient prescrites avec une importance qui n'admettait pas d'exceptions.* AINSI L'ON EXIGEAIT TOUT, HORS LA SCIENCE, car on peut feindre l'assiduité, éluder les précautions, remplir extérieurement de vaines formes, mais la science seule ne se contrefait pas, *et c'est elle seule qu'on a droit de demander aux élèves.*

« *Une mesure uniforme de temps et d'études est injuste à imposer, quand la nature a départi aux hommes une mesure inégale d'attention et de mémoire.*

« *Offrez* les secours de la méthode et les avantages de l'assiduité aux esprits dont ce double bienfait rendra la marche plus directe et plus sûre.

« *Mais ne les commandez pas* aux esprits dont l'ardeur n'y verrait qu'un assujettissement pénible et le souffrirait avec impatience. *Craignez que le dégoût d'une route uniforme et lente ne produise chez eux celui de la science elle-même.*

« *Offrez à tous un fil conducteur ; ne donnez de chaînes à personne, et n'admettez que ceux qui parviendront au but, c'est-à-dire qui seront véritablement instruits.* Ne leur demandez pas quel temps ils ont mis à se former, mais s'ils ont acquis beaucoup de connaissances ; ne les interrogez pas sur leur âge, mais sur

[1] Rapport sur l'instruction publique, fait le 28 septembre 1791, au nom du Comité de constitution des États-Généraux, par de Talleyrand-Périgord, dans le *Recueil* de M. de Salvandy, p. 402.

Digitized by Google

leur capacité ; non sur leur assiduité aux leçons, mais sur le fruit qu'ils en ont tiré.

« Qu'un examen long et approfondi réponde de la capacité des aspirants, mais que cet examen ne soit pas illusoire, que ce ne soit pas une vaine formalité. On a trop longtemps bercé les hommes avec des paroles, il est temps d'obtenir des réalités ; qu'elles soient garanties par des moyens infaillibles. *La présence du public avant tout*, car l'œil du public écarte l'ineptie par la honte, et rend impossibles les fraudes et les préférences.

« Il existe dans l'émulation des élèves un ressort puissant dont la main du législateur habile doit aussi s'emparer. Laissez-le, *joignez-y celui de leur intérêt personnel, et vous aurez la meilleure garantie de la réalité et de l'efficacité des examens.* »

Mettre le légitime orgueil et le légitime intérêt de l'étudiant à bien faire, tel est tout le secret d'une bonne éducation. C'est ainsi qu'on agit en Allemagne, c'est ainsi qu'on devrait agir en France, si nous ne vivions dans un pays où les belles paroles ont trop souvent tenu lieu de la réalité. En Prusse, dans une monarchie absolue, l'étudiant qui travaille n'a point à s'inquiéter de son avenir à la fin de ses études ; qu'il soit savant, c'est la seule chose qu'on lui demande. Pauvre ou riche, noble ou non, la science, au bout de trois années, lui ouvrira infailliblement la magistrature et l'administration. Cette carrière offerte au plus digne, fait du temps d'université un concours perpétuel, où l'émulation et l'intérêt des jeunes gens sont toujours en jeu, et ne leur laissent point un instant de repos. En France, pays de beau langage, la Charte promet à tous les citoyens une égale admissibilité dans les services publics ; mais depuis trente ans on n'a pas encore imaginé qu'entre des titres égaux le mérite seul et le travail devaient décider. Il en est de cette vérité officielle comme de beaucoup d'autres, *sunt verba et voces*. Ce qui fait un candidat en Allemagne, c'est le savoir ; ce qui fait un magistrat en Prusse, c'est la science ; mais en France, ce qui fait un licencié, c'est un examen ; ce qui fait un magistrat, c'est un député. Et l'on s'étonne que l'étudiant ne se consacre pas sans arrière-pen-

Digitized by Google

sée à cette science qui ne le mène à rien ? mais c'est le contraire qui serait un prodige !

Le système d'examens a encore un autre défaut grave, qui touche l'État autant que les étudiants. Non-seulement il donne à l'éducation une direction forcée, comme nous venons de le montrer, mais les études mêmes qu'a choisies le gouvernement, il les fausse. En d'autres termes, il y a dans chaque Faculté non-seulement une science officielle, mais un droit romain, un droit civil tout particuliers. Chaque Faculté, chaque professeur a ses doctrines propres; pour réussir à l'examen, il faut les connaître; il faut épouser les idées et même les préjugés de celui qui interroge, car ce qui est vérité pour l'un ne l'est pas toujours pour l'autre; et telle théorie sur l'usufruit ou le mariage peut changer du blanc au noir la couleur de la boule entre les mains de tel ou tel professeur. De là, pour le candidat, nécessité d'étudier, non point la science en elle-même, mais les idées particulières du maître ; nécessité de préférer au meilleur livre le premier manuel où ces idées, bonnes ou mauvaises, sont consignées. Ainsi on ne lui laisse même pas l'usage de son libre arbitre dans le cercle étroit tracé par l'État.

Cet inconvénient, qui tient du reste moins à l'examen en lui-même qu'à l'organisation du jury, n'est point particulier à l'École de droit. Les médecins élèvent les mêmes plaintes, et avec raison. Supposons en effet (et cette hypothèse n'est peut-être pas loin de la réalité), supposons qu'une Faculté n'accepte pas tout d'abord le progrès scientifique (quelle compagnie savante n'a pas commis de semblables erreurs !); que, par exemple, à une époque où l'histoire s'est fait admettre comme un élément nécessaire de toutes les connaissances humaines, et a renouvelé toutes les méthodes, il se trouve quelque part une École qui repousse obstinément les recherches historiques comme une inutile curiosité ; qu'arrivera-t-il ? la science se développera en dehors de la Faculté ; il y aura sur le droit romain comme sur le droit français un renouvellement de doctrines qui changera l'esprit juridique de la nation tout entière, et qui se fera jour par la jurisprudence

Digitized by Google

et la législation; mais au milieu de ce progrès général de la théorie et de la pratique, la Faculté restera immobile, et il faudra que les étudiants acceptent forcément cette immobilité. Ainsi, de cette jeunesse, l'espoir de l'avenir, de cette jeunesse par qui se fait le progrès, l'éducation se trouvera pervertie, non pas même dans un but politique, mais pour complaire aux préjugés de six professeurs !

Pour remédier à ce défaut visible, on a proposé des jurys mixtes, composés de professeurs et de magistrats; l'intention, est bonne, et pour un concours final qui porte sur un grand nombre de matières, qui se compose d'épreuves communes, de compositions écrites, nul doute qu'un bureau mi-parti, en ne permettant pas à l'esprit de secte de prévaloir, n'offrît une suffisante garantie; mais si l'on conserve l'organisation présente, c'est-à-dire des examens individuels sur un petit nombre de matières, et trois ou quatre personnes pour interroger, qu'obtiendra-t-on, en remplaçant le professeur par un homme étranger à l'enseignement? Au lieu des doctrines particulières du maître, on aura celles du magistrat, en général moins au courant de la science et moins curieux de la théorie. Mais ces doctrines, comment pourra-t-il demander aux étudiants de les connaître, puisqu'on ne les aura pas enseignées? Comment les fera-t-il prévaloir sur celles des membres de la Faculté? Sa position sera donc fausse. Les opinions des professeurs s'exagéreront par la contradiction, l'élève sera plus incertain que jamais. Le remède n'est pas là, et toutes ces combinaisons ne feront que prouver le danger du système régnant, et la nécessité d'adopter le régime de la liberté.

Jusqu'ici nous n'avons considéré l'examen que par rapport à l'étudiant; mais cette institution n'est pas moins désastreuse pour le professeur, qu'elle gêne dans ce que je ne crains pas de nommer le premier de ses droits, je veux dire le libre choix de sa méthode.

Si nous n'étions sous l'empire de préjugés invétérés, il nous serait difficile de comprendre comment on a pu adopter un

Digitized by Google

système qui détruit à ce point la liberté d'esprit du professeur. Rien ne nous semblerait plus ridicule qu'une loi qui ordonne, par exemple, d'enseigner le Code civil *en trois ans et dans l'ordre suivi par le Code*. Pourquoi en trois ans, à trois heures par semaine, plutôt qu'en dix-huit mois, à quatre heures et demie; plutôt qu'en un an, en neuf heures? (C'est ainsi, par exemple, que s'enseigne le Code autrichien, aussi long que le nôtre; il occupe toute la seconde année d'études à dix heures de leçon par semaine). Est-ce qu'il y a dans cette division en trois années quelque vertu particulière? Et, tout au contraire, n'est-il pas mauvais de tenir l'attention de l'étudiant aussi longtemps fatiguée sur un même objet? C'est l'examen qui a fait introduire cet usage bizarre, et dont je ne connais point d'exemple en d'autres pays, et ce n'est pas encore ce qu'il a produit de plus singulier. Une conséquence nécessaire de cette mutilation du Code en trois membres égaux, c'est d'imposer au professeur la nécessité d'enseigner dans l'ordre même du Code. Cet ordre, je n'entends ni l'accuser ni le défendre; il peut être d'ailleurs excellent pour une loi, mauvais pour un cours. Mais quoi de plus ridicule que de gêner ainsi la liberté du maître? Qu'importe à l'État qu'on commence par le droit d'obligation, ou le droit des personnes, pourvu qu'on les enseigne tous les deux? Qu'a-t-il besoin de prendre parti pour la méthode exégétique plutôt que pour la méthode dogmatique, qui se partagent la science depuis qu'elle existe, et quel danger politique y a-t-il à ce qu'on enseigne, trois ans plus tôt ou trois ans plus tard, qu'*en fait de meubles, possession vaut titre?* Au point de vue scientifique, une telle gêne peut-elle se défendre? Néanmoins on a vu, il y a quelques années, la première Faculté du royaume en feu pour une aussi grave question : il y a eu délibération, discussion, partage de voix, et la liberté menaçait, dit-on, de l'emporter, grâce à la voix prépondérante du doyen, quand le ministre lui-même est intervenu pour faire tout rentrer dans l'ordre accoutumé. L'intérêt de l'examen exigeait cette mesure, et le ministre avait peut-être raison en ce point; mais

Digitized by Google

quelle vertu magique a donc cette idole pour qu'on lui sacrifie sans pitié, depuis quarante ans, la liberté du professeur et celle de l'étudiant, en un mot, la science même !

Un autre inconvénient non moins sérieux, c'est que dans une École aussi nombreuse que celle de Paris, les examens enlèvent au professeur la plus grande partie de son temps. Je ne crois pas exagérer en disant qu'ils lui prennent trois mois entiers dans l'année [1], trois mois d'une occupation inféconde et fatigante outre mesure. Que revient-il à l'étudiant, au professeur, à l'État, d'une pareille organisation ? Le résultat est assurément hors de proportion avec une telle déperdition de forces, surtout quand on songe que *le quart du temps perdu à l'examen suffirait pour doubler l'enseignement de la Faculté !*

On a si bien senti que le métier d'examinateur était un travail pénible et en dehors des fonctions véritables du professeur, qu'on a attaché à l'examen une indemnité qui, à la fin de l'année, forme un supplément de traitement assez considérable. L'idée de rémunérer le professeur par un traitement proportionnel à la peine qu'il se donne est excellente, et le traitement proportionnel est l'une des causes de la prospérité des Universités allemandes, comme nous le dirons plus loin. Mais il est malheureux qu'on ait appliqué l'indemnité à un travail aussi stérile. C'est à enseigner, et non point à examiner qu'il faut mettre la gloire et l'intérêt du professeur.

Il y a d'ailleurs, dans cette organisation, un vice qui suffirait pour attirer l'attention du gouvernement. Le nombre des examens étant peu variable, la création d'une chaire nouvelle, en amenant

[1] Il y a eu à Paris, en 1841, quatre mille cinq cent trente-un examens et thèses, et quatre mille cent trente-huit en 1844. A trois professeurs par examen, cela fait pour chaque professeur plus de sept cents examens, ou sept cents heures de travail utile. En d'autres termes, sur la somme de temps consacrée à l'État par le professeur, les sept huitièmes environ sont perdus pour tout le monde, et il se trouve qu'un professeur allemand, qui enseigne seize heures par semaine, est en réalité plus libre et moins chargé qu'un membre de la Faculté de Paris donnant trois heures de leçons. Quelle différence cependant dans le résultat final !

Digitized by Google

dans l'École un nouvel examinateur, a pour effet de diminuer proportionnellement l'indemnité ordinairement touchée par les membres de la Faculté; si bien que ce qui enrichit la science ruine le professeur. Il y a là une position fausse pour l'État aussi bien que pour la Faculté. En effet, en diminuant ainsi le traitement du professeur d'une façon arbitraire, imprévue, l'État, tout en usant de son droit, trompe des espérances légitimes, et change les conditions auxquelles un savant est entré à son service. Je n'insisterai pas sur ce point fort délicat, mais qui mérite grande considération ; je dirai seulement que, pour la facilité de toute réforme présente ou à venir, il y aura toujours intérêt pour l'Etat à ce que la question de traitement reste indépendante de tous les changements que peut exiger la science ; il faut qu'on puisse, aussi souvent qu'il sera nécessaire, toucher à l'enseignement sans toucher à la condition de celui qui le donne. C'est la seule manière légitime de concilier le droit du professeur et le droit de l'État.

En résumé, le système d'examen, qui est la pierre angulaire de nos Facultés, est, selon nous, tout à fait mauvais ; il fatigue et gêne le professeur, donne aux études une fausse direction, et dégoûte les jeunes gens de la science. Le système allemand, qui laisse à l'étudiant la libre disposition de son travail et le choix des méthodes, est infiniment plus satisfaisant au point de vue scientifique ; et quant à l'intérêt de l'État et de la société, il est suffisamment garanti par un seul examen final. C'est sur cette question des examens (qui n'est point touchée dans le rapport du ministre) qu'il est urgent d'appeler toute l'attention de la Commission ; car c'est le pivot sur lequel roule tout le système ; et si on ne le change pas, toute modification est à peu près impossible ; il ne reste à l'étudiant et au professeur ni le temps, ni la liberté nécessaires pour agrandir la sphère de leurs études. Les examens supprimés, vous pouvez exiger deux et trois fois plus de l'élève et du maître, avec une fatigue moindre de moitié. La suppression ou le maintien des examens, c'est là, je le répète, une question de vie ou de mort

Digitized by Google

pour la réforme que le ministre essaye aujourd'hui avec une fermeté digne du succès.

§ 4. — De la liberté du professorat (*Lehrfreyheit*).

Pour que l'enseignement fût établi sur un principe solide et que puissent avouer la science et la raison, il ne suffirait pas d'accorder à l'élève le droit d'étudier dans l'ordre qui lui plairait le mieux, ni de concéder au professeur le libre choix de ses méthodes; il faut encore qu'on trouve dans la Faculté, à côté des cours exigés pour l'examen final, l'enseignement de toute matière qui offre un intérêt théorique ou pratique; autrement, en effet, la liberté d'études n'est qu'un vain leurre, et nous retombons dans les inconvénients de la science officielle. Il faut, en outre, que chacun de ces objets d'études soit enseigné par plusieurs maîtres, afin que l'élève puisse choisir entre diverses méthodes celle qui convient le mieux à la nature de son esprit; car, évidemment, s'il n'y a qu'un professeur pour chaque discipline, la liberté n'est pas complète; et d'ailleurs, rien n'est plus antipathique à la vérité que le monopole.

Quant au professeur, il lui faut une liberté non moins grande. Ce n'est point assez de le laisser maître de ses méthodes, si, enfermé dans une seule chaire, il lui est interdit de sortir de cet étroit domaine : le forcer à faire, pendant toute sa vie, un seul et même cours, c'est le condamner à l'immobilité; c'est vouloir qu'au bout de vingt ans il prenne cet enseignement borné pour la science tout entière, et, par exemple, qu'il ne connaisse à la jurisprudence d'autre sphère que le Code civil.

Enfin, l'intérêt même de la science exige impérieusement la liberté du professorat. Dans un pays bien organisé, c'est par le professeur que le progrès doit se faire; c'est par lui et non par le gouvernement que doit être introduite dans la Faculté toute doctrine nouvelle qui a acquis un degré de développement suffisant. Le ministre, quelque éclairé qu'on le suppose, ne peut pas

Digitized by Google

être tout à la fois le plus avancé des jurisconsultes, des médecins, des littérateurs, des savants ; il faut donc qu'il s'en remette à chaque Faculté du soin de tenir l'enseignement au niveau de la science, niveau qui s'élève et change chaque jour ; il faut, par conséquent, que la Faculté ne soit en rien gênée dans la disposition et le choix de ses leçons, et qu'elle puisse combiner un enseignement fixe exigé par l'État avec un enseignement variable exigé par le progrès scientifique. Que le ministre surveille l'esprit de l'éducation, qu'il s'assure qu'aucune doctrine subversive n'est professée dans un établissement qui vit sous la garantie de l'État ; là est son devoir et son droit, qui est d'une nature toute politique. Quant à la science, toutes les fois qu'il y touchera, il lui fera autant de mal que de bien. Elle vit de liberté et non de protection.

Ce difficile problème d'un enseignement toujours complet, et donné par un nombre de professeurs suffisant pour maintenir en tout temps une salutaire concurrence entre les maîtres et un libre choix pour les étudiants, l'Allemagne l'a résolu de la façon la plus heureuse et la plus économique, par l'organisation de son professorat. Tandis qu'en France, où l'enseignement est immobile, le gouvernement est sans cesse sollicité d'intervenir dans l'administration intérieure des Facultés, tandis qu'on demande de toutes parts des chaires nouvelles, des réformes, des améliorations, de l'autre côté du Rhin les Universités sont comme un grand ressort qui marche et se remonte tout seul. Chaque jour amène un mouvement, une modification insensibles, et, sans que l'Etat intervienne autrement que par une sage surveillance, l'enseignement s'élève et suit la science dans ses moindres progrès.

Voici ce système, qui n'est tout entier qu'une sage application du principe de liberté.

Je n'ai pas besoin d'exposer en détail le mode de nomination aux chaires vacantes ; ce mode est indifférent à l'organisation même du professorat, et on peut admettre en France la liberté d'enseignement sans toucher à l'arche sainte du concours. Je

Digitized by Google

dirai seulement qu'en Allemagne on est unanime pour repousser le concours comme une mauvaise institution, et que les professeurs sont ordinairement choisis sur la présentation de la Faculté. Le choix, qui porte en général [1] sur des hommes déjà éprouvés comme agrégés (*ausserordentliche Professoren*) ou professeurs libres (*Privat docenten*), offre à l'Etat non moins qu'à la science des garanties suffisantes, en même temps que la rivalité des diverses Universités empêche le népotisme ou la faveur de prendre pied dans la Faculté. Le ministre d'ailleurs n'est pas obligé de suivre l'ordre de présentation, et l'opinion publique, souvent trop rigide en France, lui laisse en ce point une assez grande indépendance. Dans le choix du professeur le droit de l'Etat est entier.

Mais une fois la nomination faite, c'est-à-dire une fois que le gouvernement, après s'être assuré du mérite et des principes du candidat, en a fait un membre de l'Université, le professeur ne dépend plus que de lui-même : il peut enseigner ce qu'il veut, comme il veut, quand il veut. Il est titulaire d'une chaire; mais ce titre, qui l'oblige, en certains cas, à donner l'enseignement qu'on lui a plus spécialement attribué, n'empêche ni le droit qu'ont tous ses confrères de donner des leçons sur le même sujet, ni le droit qui lui appartient d'enseigner telle partie de la science qu'il lui plaira de choisir. L'Etat, si je puis me servir de cette expression, adjuge en bloc à la Faculté la totalité de l'enseignement; la répartition des leçons est une affaire d'intérieur. En d'autres termes, le gouvernement ordonne qu'un certain nombre de cours, qu'il juge nécessaires pour obtenir une connaissance solide du droit, seront donnés dans les trois années que l'élève passe à l'Université, de façon que chaque étudiant puisse recevoir une éducation complète et se présenter au concours avec des chances égales à celles de ses concurrents.

[1] Je dis en général, car il n'est pas rare de voir appeler au professorat un magistrat ou un écrivain ; et si le candidat n'est pas docteur, la Faculté a le droit de lui décerner un diplôme *honoris causa*, qui lui confère le titre et les priviléges du doctorat. Voy. Koch, t. I, p. 89.

Digitized by Google

Ce *minimum* d'enseignement déterminé, l'Etat s'en remet à la Faculté du soin de le distribuer. Au commencement de chaque semestre, les professeurs se réunissent pour se partager les leçons. L'attribution une fois faite, chaque professeur est parfaitement libre de donner, outre le cours ou les deux cours qui lui échoient, toute autre espèce d'enseignement juridique, qu'il figure ou non sur le programme officiel, qu'il soit ou non professé par un ou plusieurs de ses collègues. Dans ce système, il est rare qu'un cours important ne soit pas donné deux fois dans chaque semestre par deux différentes personnes, c'est-à-dire que l'étudiant n'ait pas à choisir chaque année entre quatre professeurs ; il est également sans exemple qu'on s'en tienne à l'enseignement officiel et qu'on ne cherche point à introduire quelques leçons nouvelles sur des sujets non exigés par l'Etat ; admirable combinaison qui ménage à la fois l'intérêt de la science, de l'étudiant et du professeur.

Qu'on ne s'imagine pas que le hasard ou la coutume aient seuls produit cette organisation, les gouvernements d'Allemagne se rendent parfaitement compte de l'instrument précieux qu'ils possèdent ; les textes officiels suivants prouveront avec quel soin jaloux l'Etat défend la liberté du professorat, ressort principal de ses Universités [1].

« § 39. La Faculté garantit *in solidum* à l'Etat que l'enseignement sera complet. On entend par là que tout étudiant, restant trois années consécutives dans l'Université, doit avoir occasion d'entendre *au moins deux fois* les leçons données sur les principales disciplines juridiques. Sont considérées comme disciplines principales : l'*Encyclopédie juridique*, *la Méthodologie* et l'*Histoire des sources*, — le *Droit naturel* (ou *philosophie du droit*), — *le Droit romain* (*Histoire du droit*, — *Institutes*, — *Pandectes*, — *Exégèse*), — *le Droit privé germanique* (*Histoire de la constitution et de la législation* [2]), — *Droit*

[1] *Statuts de la Faculté de droit de Berlin*, du 29 janvier 1838. Koch, t. I, p. 95.

[2] C'est ainsi que je traduis le *Staats und Rechts-Geschichte*.

Digitized by Google

privé, — *Droit féodal*), — le *Droit public*, — le *Droit canon*, — le *Droit criminel*, — le *Code prussien* (*Landrecht*), — le *Droit des gens européen*, — la *Procédure criminelle*, — la *Procédure civile*, — l'*Introduction à la pratique* (*Collegia practica* [1]).

« § 40. Font partie de l'enseignement que doit donner la Faculté, non-seulement les leçons des professeurs titulaires, mais aussi celles des agrégés [2]. — Quant aux cours des professeurs libres (*privat docenten*), on ne les compte pas.

« § 41. Chaque semestre, un mois avant la publication du catalogue des leçons, le doyen réunit les titulaires et les agrégés, pour s'assurer qu'on ne manquera pas de donner les cours principaux, et pour éviter la collision aux mêmes heures de ces leçons principales.

« § 44. Il y a, dans la Faculté, six titres de professeurs ordinaires (*Ordentliche nominal professuren*) : 1° *Institutes et Droit romain*; 2° *Pandectes*; 3° *Droit canonique*; 4° *Droit public*; 5° *Droit germanique*; 6° *Droit des gens*. Les autres matières principales, énumérées au § 40, telles que le *Droit féodal*, etc., se rattachent, comme autant de dépendances, à celles des chaires dont l'enseignement est le plus voisin. — Nul ne peut réunir en sa personne deux titres de professeur.

[1] Le § 9 des statuts de la Faculté de Bonn explique ce qu'on entend par ces *collegia practica* qui nous manquent complétement, à nous qui cependant nous piquons d'être surtout des gens de pratique.

« Les *collegia practica* ou cours pratiques, et les exercices qui en font partie sont destinés à préparer les étudiants aux affaires. Le but principal de ces *practica*, destinés aux élèves qui ont obtenu par les études théoriques le degré de préparation nécessaire, c'est de donner un avant-goût de la pratique, d'initier et de préparer l'étudiant à la vie réelle. C'est dans ce but qu'on a établi pour le droit civil et le droit criminel le *practicum* de la procédure civile et celui de la procédure criminelle ; le droit public et le droit des gens ont aussi leur pratique (nommée en allemand *Staats Praxis* et *Diplomatie*). » Koch, t. I, p. 250.

[2] Les membres de l'Académie de Berlin sont aussi de droit professeurs dans l'Université, et leurs leçons comptent parmi celles dont est chargée la Faculté. Koch, t. I, p. 43. C'est à ce titre que M. Grimm enseigne dans la faculté générale, que M. Dirksen, professeur ordinaire à Kœnigsberg, enseigne dans la Faculté de droit de Berlin.

Digitized by Google

« § 45. TOUT PROFESSEUR, membre de la Faculté[1], A LE DROIT DE DONNER DES LEÇONS SUR TOUTES LES BRANCHES DE LA SCIENCE DU DROIT, SANS EXCEPTION. — (Dans le cas où le doyen se refuse à admettre un cours, comme n'étant pas du ressort de la Faculté, on en réfère au ministre (§ 46.)»

« § 46. Un professeur titulaire ou agrégé, institué pour un enseignement déterminé, n'a aucun droit exclusif sur l'objet de sa chaire. Tout ce qui résulte de l'institution, c'est que c'est à lui que la Faculté doit s'adresser de préférence pour donner cet enseignement.

« Le professeur titulaire, disent les statuts de l'Université de Bonn, § 58[2], a l'obligation de donner cette partie de l'enseignement qui dépend de la chaire dont il est titulaire[3]; mais il a le droit d'ouvrir des cours sur toutes les autres branches de la science.

« § 39. L'OBLIGATION DU TITULAIRE NE LUI CONFÈRE POINT LE DROIT D'ENSEIGNER SEUL, ET A L'EXCLUSION DES AUTRES PROFESSEURS TITULAIRES, AGRÉGÉS OU LIBRES, LE SUJET QU'ON LUI A SPÉCIALEMENT ASSIGNÉ; AU CONTRAIRE, TOUS LES AUTRES PROFESSEURS DE LA FACULTÉ ONT LE DROIT D'ANNONCER ET DE DONNER DES LEÇONS PUBLIQUES ET PARTICULIÈRES SUR TOUTES LES PARTIES DE LA SCIENCE, Y COMPRIS CELLES POUR LESQUELLES ON A ÉTABLI UNE CHAIRE SPÉCIALE ET UN TITULAIRE. »

Cette libre organisation est considérée en Allemagne, et surtout par les professeurs, comme la cause principale et directe des progrès de la science et de la prospérité de l'enseignement[4].

[1] Les *Privat Docenten* ne sont pas membres de la Faculté, et n'ont le droit d'enseigner que les sujets pour lesquels ils se sont fait habiliter.

[2] Koch, t. I, p. 198.

[3] Cette obligation n'est même pas sérieuse; elle consiste à donner un cours public et gratuit sur l'enseignement afférent à la chaire. Mais ce cours, qui est tout d'apparat, et qui est d'une heure ou deux au plus par semaine, ne compte vraiment pas dans l'enseignement. Les étudiants ne le suivent qu'en petit nombre et par curiosité, et il n'est pas rare que ces cours ne durent pas tout le semestre, faute d'auditeurs.

[4] Voici, par exemple, ce qu'écrivait M. de Savigny, après trente ans de

Digitized by Google

Je ne crois pas que jamais Faculté, gouvernement ni réformateur aient demandé le changement de cette institution. On a quelquefois attaqué le droit des professeurs libres (*privat docenten*), ou les formes de leur admission, mais jamais on n'a demandé que le titulaire fût parqué dans un seul enseignement, et qu'il lui fût défendu, de par l'État, de consacrer

libre professorat. Son caractère et son expérience donnent un poids tout particulier à ses paroles. Nous traduisons ce passage d'un article sur les Universités publié en septembre 1832, dans la *Historisch politische Zeitschrift* de RANKE. Berlin, 1832, p. 578 et suiv.

« Ce qui fait la grandeur de nos Universités, dit M. de Savigny, c'est une institution puissante sans laquelle elles ne pourraient se maintenir au premier rang, je veux parler de la liberté académique telle qu'elle existe en Allemagne. Le professeur choisit et dispose son enseignement avec une indépendance à peu près absolue; l'étudiant jouit d'une liberté non moins grande dans le choix des professeurs et des leçons qu'il veut suivre. Cette liberté est ce qui fait l'honneur et la vie de l'enseignement, c'est elle qui assure à tout progrès, à toute découverte, à toute méthode meilleure, une influence immédiate sur l'éducation universitaire. Elle n'est point partout admise en Europe, et on peut voir près de nous des systèmes plus ou moins en contradiction avec le nôtre. En certains pays on repousse complétement la liberté; là on prescrit au professeur, non-seulement l'objet de son cours, mais aussi la forme et la méthode dont il ne doit pas s'écarter. Quant à l'étudiant, on lui assigne, sans le consulter, le maître et les leçons qui décideront de son éducation. Une telle organisation est en quelque sorte une application des écoles de Lancaster, mais transportée sur un terrain où ce régime d'enseignement mutuel ne peut être que pernicieux. Que reste-t-il en pareil cas de la puissance toute particulière de l'enseignement oral? rien, sinon le bien que peuvent produire par hasard quelques communications personnelles entre le professeur et ses élèves. Otez cette action douteuse, on ne voit pas pourquoi l'État ne remplacerait pas les professeurs par une série de manuels; ce serait un moyen tout aussi sûr et tout aussi infaillible pour atteindre au but qu'il se propose.

« En d'autres pays on contrarie beaucoup moins cette liberté [1]. On prescrit à l'étudiant un certain nombre de cours qu'il doit suivre, mais on lui laisse le choix du professeur, et il dispose les leçons dans l'ordre qui lui paraît le plus convenable. Dans ce système, la liberté est presque entière, et néanmoins l'expérience a prouvé qu'il était souvent infructueux et même nuisible. Il y a au fond de ces restrictions une intention louable, c'est d'amener l'étudiant à se donner presque librement une instruction complète; mais malheureusement toutes les fois que, pour réaliser cette intention, on est obligé d'en venir à des moyens de rigueur et de forcer l'inclination de l'étudiant, on n'aboutit qu'à une comédie sans dignité; on a l'apparence, et

[1] C'est à la Bavière que M. de Savigny fait allusion.

Digitized by Google

à répandre la science la plus grande part de son activité et de son talent. Jamais on n'a imaginé cette singulière division du travail, qui fait trois parts d'un même enseignement, le droit romain, par exemple, et donne à l'un l'histoire, à l'autre les

non la réalité; des certificats, et point de science. Dès qu'on veut user de contrainte, adieu la communion des intelligences.

« Quel mérite particulier nous autorise donc à mettre nos Universités au-dessus des établissements des autres pays? Ce n'est ni la science achevée des professeurs, ni celle que doivent acquérir nos étudiants, qui distinguent nos Universités des écoles des autres peuples. Ce n'est point sur ce terrain que nous plaçons leur supériorité. Leur triomphe c'est cette organisation dans laquelle le talent de tout professeur distingué peut se développer librement, dans laquelle tout désir scientifique de l'étudiant trouve à l'instant même le moyen de se satisfaire; cette organisation dans laquelle tout progrès de la science est, dès son apparition, mis à la portée des esprits les mieux faits pour l'accueillir, cette organisation enfin qui permet de reconnaître aisément la haute vocation des hommes distingués, et qui, en même temps, relève les plus pauvres nâtures par le sentiment de leur indépendance et de leur personnalité. Oui, nous avons raison d'être fiers d'une telle institution, et qui connaît nos Universités conviendra que, dans cet éloge, il n'y a rien d'exagéré, rien de plus que l'exacte vérité.

« Cette facilité de recevoir le mouvement scientifique qui, selon nous, est un des grands mérites de nos Universités, a été souvent le reproche capital qu'on a fait à leur organisation. Comme elles sont aisément accessibles à la vérité, a-t-on dit, ainsi sont-elles accessibles à l'erreur et au mal; et c'est pour éviter ce danger qu'on a banni de l'enseignement toute liberté, toute individualité. C'est par de pareilles considérations qu'on a établi dans une foule de pays ces systèmes exclusifs dont nous venons de parler. Nous n'avons point l'intention de résoudre ici cette question délicate, mêlée d'ailleurs à d'autres questions non moins difficiles. Quelques mots suffiront pour le but que nous nous proposons. Quand il apparaît dans un siècle des tendances fausses, et même mauvaises, il faut les accepter comme une épreuve particulière à laquelle Dieu veut nous soumettre, épreuve qu'on ne peut fuir, mais à laquelle il faut résister. En pareil cas, détruire ou affaiblir les forces vives de l'intelligence, parce que dans la lutte elles pourraient passer à l'ennemi, c'est une désastreuse folie. Rassembler tous ceux qui sont prêts à combattre pour la vérité, les encourager, les soutenir, tel est, dans des époques de lutte, le seul rôle qui convienne au gouvernement. D'ailleurs que de raisons rendent la liberté des doctrines plus inoffensive dans l'Université que partout ailleurs! Là toute l'action émane d'un certain nombre de professeurs connus, qui ne se donnent point à eux-mêmes leur mission, et dont il est facile de surveiller l'enseignement. On ne doit pas craindre, on doit désirer la liberté entre les mains d'hommes qui offrent à l'État d'aussi puissantes garanties. »

Digitized by Google

Institutes, et à un troisième l'exégèse. Loin de craindre la concurrence, on la provoque; car c'est de la concurrence seule qu'on attend le mouvement et la vie. Le résultat répond-il à ces espérances? c'est ce qu'il sera facile de juger en comparant l'enseignement donné à Berlin, en 1842, avec l'enseignement donné à la même époque à la Faculté de Paris.

ANNÉE 1842-1843.

BERLIN.	ÉTUDIANTS EN DROIT.	PARIS.
573		2470
	PROFESSEURS.	
6 Titulaires. 4 Agrégés. 1 Membre de l'Académie. 4 Privat dozenten.	15 professeurs, ou 1 professeur pour 40 étudiants; et ce professeur, comme nous le verrons plus bas, donne 4 cours dans l'année.	18 Titulaires. 7 Suppléants.	25 professeurs, ou 1 professeur pour 100 étudiants, si l'on compte les suppléants. En réalité, 1 professeur enseignant pour 137 étudiants, et ne faisant qu'un seul cours.
	BUDGET.	
Traitement fixe, 10,000 thalers environ, ou..... 40,000 fr. Honoraires, environ 14,000 thalers, ou..... 56,000 TOTAL environ [1]. 96,000 fr		Traitement fixe de 18 professeurs à 5,400 f. et de 7 suppléants à 1,000 fr. 104,200 fr. Honoraires de 18 professeurs à 8,180 fr. en moyenne.... 147,240 Honoraires de 7 suppléants à 3,440 fr. en moyenne..... 24,080 TOTAL..... 275,520 fr.

Ainsi, Paris a quatre fois plus d'étudiants que Berlin, et 25 professeurs, tandis que Berlin n'en a que 15. Enfin, le budget prussien n'est pas beaucoup plus que le tiers du budget français : Paris a donc l'avantage du nombre et de la richesse. Quant au mérite et au dévouement scientifiques, nous admettrons volontiers que nos professeurs ne le cèdent en rien aux professeurs d'outre-Rhin. Voyons maintenant comment la différence d'organisation pourra compenser le désavantage naturel de Berlin, et rendre inutiles les sacrifices de l'État et la bonne volonté des professeurs français.

[1] Je dis environ, parce que je n'ai que les chiffres d'années antérieures à 1842, Koch, t. I, p. 33, 37; mais outre que le nombre des étudiants et des professeurs n'a pas sensiblement varié, j'ai forcé le prix du thaler (4 fr. au lieu de 3 fr. 75 c.) pour être plutôt au delà qu'en deçà de la dépense véritable.

Digitized by Google

PROGRAMME

DES COURS DONNÉS DANS LA FACULTÉ DE BERLIN.

ANNÉE 1842-1843.

SEMESTRE D'ÉTÉ.

	SUJETS D'ENSEIGNEMENT.	NOMBRE de COURS.	PROFESSEURS (a).	HEURES DE LEÇONS par semaine	HEURES DE LEÇONS pour la durée du cours.
1	Encyclopédie.....	2	Gœschen....	4	80 (a)
			Rœstell.....	4	80
2	Droit naturel ou philosophie du droit.	2	Stahl.....	4	80
			Heydemann.	4	80
3	Histoire du droit romain.....	2	Rudorff.....	4	80
			Schmidt.....	4	80
4	Pandectes.....	2	Rudorff[1]....	10	200
			Dirksen....	10	200
5	Droit de succession (c).....	3	Rudorff.....	4	80
			Dirksen.....	4	80
			Schmidt.....	4	80
6	Droit canonique...	3	Stahl[2].....	4	80
			Gœschen....	4	80
			Rœstell.....	4	80
7	Histoire de la constitution et de la législation.....	3	Lancizolle[3]..	5	100
			Woringen...	5	100
			Hæberlin...	4	80
8	Droit privé allemand, y compris le droit féodal et le droit commercial.....	1	Homeyer[4]...	5	100
9	Droit public.....	3	Heffter.....	5	100
			Collmann...	4	80
			Hœberlin...	4	80
10	Droit criminel.....	3	Heffter.....	5	100
			Woringen...	5	100
			Gneist.....	4	80
11	Procédure criminelle.....	3	Gœschen....	4	80
			Woringen...	4	80
			Gneist.....	3	80
12	Procédure civile...	3	Heffter[5]....	5	100
			Gneist.....	4	80
			Schmidt....	5	100
13	*Landrecht*.....	1	Heydemann.	5	100
14	Code Napoléon....	1	Heydemann[6]	3	60
15	Droit des gens européen.....	3	Rœstell.....	4	80
			Collmann...	3	60
			Hæberlin...	4	80
16	*Repetitoria et examinatoria*.....	2	Kohlstock...		
			Schmidt....		
		37		158	3160

COURS PUBLICS (b).

[1] M. Rudorff, *exégèse sur les Pandectes* (1 heure par semaine).

[2] M. Stahl, *de la législation du mariage* (sans doute au point de vue canonique) (2 heures par semaine), et M. Rœstell sur la *constitution de l'Église évangélique* (1 heure par semaine).

[3] M. de Lancizolle, sur l'*histoire politique de Bade et de Wurtemberg* (2 heures).

[4] M. Homeyer, *origine des anciennes coutumes germaniques* (1 heure par semaine), et M. Gœschen, *exégèse sur le Miroir de Saxe.*

[5] M. Heffter et M. Gneist ont fait chacun un cours public sur la *procédure prussienne proprement dite* (2 heures par sem.); M. Gneist a fait de plus une leçon d'une heure *sur la défense orale et la publicité des débats.*

[6] M. Heydemann a fait de plus un *exposé comparatif du droit de succession suivant le Landrecht prussien et le Code Napoléon* (2 h. par semaine).

a Il y a six professeurs titulaires, MM. de Lancizolle, Heffter, Homeyer, Stahl, Rudorff, Puchta; un membre de l'Académie, M. Dirksen; quatre professeurs agrégés, MM. Rœstell, Woringen, Gœschen, Heydemann; quatre privat docenten, MM. Schmidt, Collmann, Hæberlin, Gneist.

(a) Nous supposons 20 semaines par semestre.

(b) Sur le sens de ce mot en Allemagne, voir sup., page 336, note 3. Nous n'avons pas cru devoir les faire figurer dans l'enseignement régulier.

(c) Le droit de succession est un démembrement du cours des Pandectes.

Digitized by Google

SECOND SEMESTRE.

	SUJETS D'ENSEIGNEMENT.	NOMBRE de COURS.	PROFESSEURS.	HEURES DE LEÇONS par semaine	HEURES DE LEÇONS pour la durée du cours.
1	Encyclopédie et méthodologie	2	Rœstell	4	80
			Collman	4	80
2	Droit naturel ou philosophie du droit.	2[1]	Heydemann.	4	80
			Schmidt	6	120
3	Histoire du droit romain	2	Dirksen.....	5	100
			Schmidt.....	4	80
4	Institutes et Antiquités du droit romain.	2	Rudorff.....	6	120
			Dirksen[2]....	6	120
5	Pandectes.....	1	Puchta.....	12	240
6	Droit de succession.	1	Rudorff[3]....	4	80
7	Histoire de la constitution et de la législation	1	Homeyer[4]..	4	80
8	Droit privé germanique, compris le droit commercial.	1	Gœschen[5]...	8	160
9	Droit public.....	3	Lancizolle[6]..	5	100
			Stahl[1].....	5	100
			Collmann ...	4	80
10	Droit canonique...	3	Heffter.....	4	80
			Gœschen....	4	80
			Rœstell.....	4	80
11	Droit criminel.....	3	Gœschen....	4	80
			Gneist.....	4	80
			Hœberlin...	4	80
12	Législation criminelle comparée..	1	Woringen...	4	80
13	Procédure criminelle	4	Heffter.....	4[7]	80
			Woringen...	3	60
			Gneist[8].....	3	60
			Hœberlin ...	3	60
14	Procédure civile...	3	Rudorff.....	4	80
			Gneist.....	4	80
			Schmidt	4	80
15	Pratique judiciaire avec exercice....	1	Heffter.....	3	60
16	Droit des gens.....	4	Heffter.....	2	40
			Rœstell	3	60
			Collmann ...	3	60
			Hœberlin ...	3	60
17	*Landrecht*.....	2	Homeyer....	5	100
			Heydemann[9]	6	120
18	*Repetitoria et examinatoria*	2	Kohlstock...		
			Schmidt.....		
		38		159 (*a*)	3180

Et pour l'année... 6340 heures de leçon.

[1] M. Stahl *sur la Philosophie de Descartes dans ses rapports avec l'Ethique et la philosophie du droit* (2 heures par semaine).

[2] M. Dirksen, *Exégèse sur les fragments d'Ulpien* (1 h. par sem.).

[3] M. Rudorff a fait un cours sur le XXe livre des Pandectes (les Hypothèques) (1 heure).

[4] M. Homeyer *sur l'ancienne organisation judiciaire de l'Allemagne* (1 heure).

[5] M. Goeschen, *Exégèse sur le Sachsenspiegel* (1 h. par sem.).

[6] M. Lancizolle a fait un cours public (2 heures par semaine) sur l'*histoire des États provinciaux* (*Landstande*) *d'Allemagne*.

[7] M Heffter joint à son cours l'explication de quelques procès célèbres. (1 h. par semaine.)

[8] M. Gneist a fait un cours public sur *le jury*.

[9] M. Heydemann a fait un cours public sur la *comparaison de quelques théories de droit civil dans le droit français et le droit allemand* (1 h. par sem.) et l'*exposition des principes du droit criminel au moyen de l'appréciation des procès criminels les plus célèbres* (1 heure).

(*a*) Leipsig, Heidelberg, Gœttingue donnent de 150 à 160 heures de leçons par semaine, non compris les leçons publiques et les répétitions (*privatissima*); Breslau, Bonn, Giessen, Halle, Iena, Marbourg, Munich, Tubingue, de 100 à 120 heures. Quant aux matières de l'enseignement ordinaire, elles sont à peu près les mêmes partout; ce sont les *publica* qui font la plus grande différence.

Digitized by Google

Si maintenant nous comparons le programme de nos Facultés au programme allemand, nous obtiendrons des résultats statistiques qui ne manqueront pas d'intérêt.

A Paris, avec vingt-cinq professeurs (y compris sept suppléants qui, par la faute du système, n'enseignent pas), il y a eu dans l'année dix-huit cours sur douze sujets différents [1]. A Berlin, quinze professeurs ont donné trente-cinq cours dans le premier semestre, et trente-six dans le second, ce qui fait soixante et onze cours sur dix-sept ou dix-huit sujets distincts [2]. C'est-à-dire qu'avec un personnel moins nombreux de deux cinquièmes, la Faculté de Berlin a donné un enseignement d'un tiers plus étendu quant au choix des sujets, et que les cinq cents soixante-treize étudiants de Berlin ont eu quatre cours à choisir contre un seul offert aux deux mille quatre cent soixante-dix étudiants parisiens. Ou si l'on veut, il y a eu à Berlin un cours pour neuf étudiants, et à Paris, un cours pour cent trente-sept.

A Berlin, cent cinquante-huit heures de leçons par semaine, plus de dix heures par chaque professeur, à Paris, la durée hebdomadaire de chaque cours ne dépasse trois heures qu'exceptionnellement; ainsi la semaine de travail étant de six jours, le maître français enseigne une demi-heure, et l'allemand une heure trois quarts, ou plus de trois fois autant.

[1] Institutes, deux cours.—Pandectes.—Code civil, six cours. — Procédure civile et législation criminelle, deux cours. — Droit commercial. — Droit constitutionnel. — Histoire du droit français. — Droit des gens. — Droit criminel comparé. — Introduction générale à l'histoire du droit. — Droit administratif. — Pour que la comparaison entre les deux pays fût exacte, j'aurais dû mettre en ligne l'enseignement administratif qui, à Berlin, se donne dans une autre Faculté que celle de droit, et fait l'objet de quinze ou vingt cours par chaque semestre. Je ne l'ai point fait, pour qu'on ne m'accusât par de forcer les résultats au détriment de mon pays.

[2] Encyclopédie, quatre cours. *Philosophie du droit*, quatre cours. *Histoire du droit romain*, quatre cours. Institutes, deux. Pandectes, trois. *Droit de succession*, quatre. *Droit canonique*, six. Histoire de la législation germanique, quatre. *Droit féodal* et droit commercial, deux. *Droit public européen* et droit public allemand, six. *Droit pénal*, six. Droit criminel comparé, un. Procédure criminelle, sept. Procédure civile, six. Pratique judiciaire, un. Droit des gens, sept. Landrecht, trois. Code Napoléon (?), un.

Digitized by Google

Le côté financier de la question n'est pas moins curieux que le côté scientifique. En Prusse, on a dépensé un peu moins de 100,000 francs pour obtenir dans l'année six mille trois cent quarante heures de leçons (non compris les cours publics), c'est pour l'État une dépense de quinze francs et quelques centimes par heure de leçons. A Paris, on a déboursé 275,520 francs pour obtenir deux mille six cents heures de leçons environ [1], c'est-à-dire en bon calcul statistique, qu'on a payé près de 106 francs ce que la Prusse paye 15 francs ; ce n'est que six fois davantage.

En donnant ces chiffres, notre intention n'est point de dénigrer les professeurs français, et de les représenter comme inférieurs en zèle et en bonne volonté à leurs rivaux d'Allemagne. Tout au contraire, nous avons déjà fait remarquer, plus haut, qu'ils donnent à l'État pour les examens seulement presque le double du temps qu'un professeur allemand consacre à l'enseignement, sa seule occupation. Il n'y a donc rien qui concerne personnellement les professeurs dans mes observations, et ce que j'ai voulu seulement montrer, c'est le vice d'un système qui, par l'exagération des moyens de contrôle, en est venu à négliger l'essentiel, c'est-à-dire l'enseignement ; qui use en pure perte l'énergie des savants qu'il emploie, et condamne l'État à faire sans succès des sacrifices considérables, parce que les dépenses sont mal faites. L'exemple de la Prusse, qui avec un faible budget trouve moyen d'obtenir beaucoup de ses professeurs, parce qu'elle ne leur demande qu'un travail utile, peut nous apprendre combien il serait facile en France, par l'adoption d'une organisation meilleure, de doubler et même de quadrupler l'enseignement, sans imposer à l'État des charges nouvelles, et en n'exigeant du professeur que des efforts modérés, au lieu de la fatigue excessive qu'on lui impose inutilement. Abolir entièrement, ou réduire considérablement les examens, et supprimer le monopole des chaires, telles

[1] Je suppose dans les deux pays quarante semaines de travail, et j'admets à Paris soixante-cinq heures de leçon par semaine, ce qui est plutôt au-dessus qu'au-dessous de la vérité.

Digitized by Google

sont les deux seules conditions du progrès. Chose rare pour une réforme, elle peut se faire sans grever le budget, sans changer le personnel de la Faculté, sans compromettre des positions légitimement acquises dans ce qu'elles ont de vraiment respectable.

Je ne reviendrai pas sur la nécessité de supprimer les examens, j'ai essayé de montrer plus haut tous leurs inconvénients; mais je prie de remarquer encore une fois combien cette question est la question principale, à laquelle tout ramène, et de la quelle tout dépend. Les examens abolis, on peut exiger des efforts considérables des étudiants et des professeurs, car on leur rend les deux éléments de toute étude bien faite, le temps et la liberté d'esprit. Les examens conservés, on ne peut introduire que d'insignifiantes modifications dans l'enseignement, car le maître et l'élève sont à chaque instant détournés de leurs études régulières par ce stérile travail. C'est sur ce point que la Commission doit arrêter toute son attention; car le parti qu'elle prendra décidera de la ruine ou de la conservation du régime actuel, et par conséquent de l'avenir de la science.

Je passe maintenant au droit exclusif des professeurs sur l'objet de leur enseignement.

Pour un esprit qui n'est point prévenu, l'idée de donner à une ou deux personnes le monopole de chaque branche d'enseignement est quelque chose d'incompréhensible, et, à moins de supposer que l'Etat, dans sa politique jalouse, veut n'autoriser qu'un cours pour savoir heure par heure quelle est la pensée du professeur, il est difficile de rendre raison de cette organisation bizarre. Si c'est une application du principe de la division du travail, c'est une bien malheureuse application, et qui, comme toute opération simplifiée à l'excès, ne peut amener chez celui qui s'y livre exclusivement que l'inertie de l'intelligence. Chose singulière! tandis que, dans la magistrature, l'administration, le gouvernement même, nous cherchons toujours à mettre en concurrence un certain nombre d'hommes éminents, pour obtenir de leur émulation et de leur contrôle réciproque la plus grande somme possible d'efforts utiles, nous laissons un

Digitized by Google

professorat organisé de façon que rien ne tienne en éveil l'esprit et le zèle du professeur. Obtenir une chaire est une difficile et pénible entreprise; mais, une fois emportée d'assaut, le titulaire peut s'y reposer aussi tranquillement qu'un académicien dans son fauteuil; pour lui le repos commence au moment même où l'action devrait être la plus vive... Que dis-je ! l'Académie est une arène comparée à l'Ecole; non-seulement le professeur n'a point à craindre de contradiction, mais il est bien assuré que, pendant tout le cours de sa vie, personne ne viendra l'inquiéter par la concurrence. Alors même qu'il lui est impossible de donner en entier l'enseignement de sa chaire, il n'est permis à aucun membre de la Faculté de toucher à ce domaine. Le professorat n'est point un titre ou une fonction, c'est un fief auquel on doit hommage et redevance; et si le professeur d'*histoire du droit romain et d'histoire du droit français* veut laisser en friche le champ qu'on lui a inféodé, personne au monde n'a le droit d'y mettre la charrue.

Qu'on ne croie pas que je raille ! Aujourd'hui, par exemple, tandis que le professeur de procédure, chargé d'un double enseignement, ne peut suffire à sa tâche, nous avons un professeur de *législation criminelle comparée* dont le cours est perdu pour les licenciés; en d'autres termes, nous avons le luxe là où nous manque le nécessaire. Eh bien ! je mets en fait que, si demain le ministre ordonnait au professeur de procédure civile de s'en tenir à cet enseignement, suffisant pour l'occuper toute l'année, et qu'il chargeât le professeur de législation criminelle *comparée* d'enseigner aux étudiants de seconde année la législation criminelle *française*, la Faculté réclamerait contre *l'atteinte portée aux droits acquis* des professeurs institués sous le titre de *professeurs de législation criminelle et de procédure civile et criminelle*. C'est ainsi que l'Ecole a agi en 1830 [1], et le rapport de 1845 prouve qu'en ce point elle n'a point varié dans ses opinions. *Périsse l'enseignement plutôt que le monopole du professeur !*

[1] Délibération du 26 août 1830, *Recueil* de M. de Salvandy, p. CXLV.

Digitized by Google

c'est encore aujourd'hui sa devise. *Si*, dit fièrement le rapport, *si les raisons qui fondent notre conclusion négative* (c'est-à-dire l'opposition de la Faculté au dédoublement de la chaire de procédure civile et de législation criminelle) *ne paraissent pas déterminantes à M. le ministre et à la Commission des hautes études, il y aurait lieu alors d'envisager au point de vue de la légalité la mesure proposée. A cet égard, nous pensons que la constitution d'une chaire dont les attributions ont été déterminées par une loi ne peut être changée que par une loi* [1]. En d'autres termes, il s'agit d'ajouter un nouveau chapitre à la loi d'*expropriation pour cause d'utilité publique*, et l'enseignement appartient, non point à l'Etat représenté par le ministre, mais au professeur qui tient sa chaire par droit de domaine.

Franchement la Faculté nous semble abuser ici du grand mot de *légalité*. Des deux chaires de procédure civile et criminelle, une au moins a été créée par ordonnance ; et nous ne voyons pas *a priori* pourquoi une ordonnance ne pourrait modifier en 1845 ce qu'une ordonnance a établi en 1819. Il nous est également difficile d'imaginer comment une ordonnance qui a créé deux professeurs pour un même enseignement était légale, et comment une ordonnance qui partagerait un enseignement entre deux professeurs serait nécessairement illégale. Il nous est non moins malaisé de comprendre comment une ordonnance rendue en 1819, par un ministre qui n'a consulté personne, a pu retrancher légalement aux professeurs de Code civil *l'enseignement du droit public français et du droit civil dans ses rapports avec l'administration publique*, que leur attribuait la loi de 1804, et en faire l'objet d'une chaire spéciale ; et comment, en 1845, une ordonnance rendue par un ministre qui s'entoure des plus vives lumières, et qui a pour lui l'assentiment et la sollicitation de huit Facultés sur neuf, sera en opposition avec la légalité, surtout quand cette réforme respecte le titre du professeur, sa seule propriété, et ne l'atteint ni dans son intérêt, ni dans son honneur.

[1] Rapport, p. 58.

Digitized by Google

Il nous semble, jusqu'à nouvel ordre, que les Facultés de province ont résolu la question avec infiniment plus de modération et de science que leur sœur aînée, quand elles ont simplement demandé qu'en cas de dédoublement, le professeur, aujourd'hui titulaire des deux enseignements, eût le choix de l'un ou de l'autre. C'était là ménager avec convenance le droit du professeur, et le concilier avec le droit supérieur et incontestable du gouvernement. Nous nous en tiendrons à cette opinion jusqu'à ce qu'on nous ait prouvé qu'une fonction est une propriété ; et nous n'admettrons jamais que nos pères qui ont fait une révolution contre les jurandes et les maîtrises aient entendu consacrer dans la loi constitutive des Ecoles de droit le plus odieux des monopoles, celui de la science et de l'enseignement.

D'ailleurs, et qu'il faille ou non une loi, quel est le résultat de cette organisation que la Faculté défend avec l'ardeur commune de tous les privilégiés ? C'est de sacrifier à un individu l'intérêt, ou pour mieux dire, le droit des étudiants. C'est de faire plier le droit inaliénable de l'État devant un fonctionnaire (car le professeur n'est pas autre chose), et d'aliéner sans garantie et sans moyen de surveillance le plus précieux attribut de la souveraineté, l'éducation de la jeunesse. Supposez en effet que le concours ou le choix ministériel, peu importe, introduise dans l'enseignement un homme médiocre ou qui ne convienne pas à la chaire à laquelle vous l'avez appelé; si la concurrence est possible, comme en Allemagne, le mal n'est pas grand, le professeur aura peu ou point d'élèves et touchera son traitement pour ne rien faire; voilà tout, la science n'en souffrira pas. Mais si à cet homme incapable, vous lui donnez le monopole, il faudra que pendant dix, vingt, trente ans, quinze ou vingt mille jeunes gens aillent tour à tour s'entasser inutilement dans un amphithéâtre pour y recevoir des leçons mal données, et souvent même plus nuisibles qu'utiles, sans que l'État puisse rien faire, car s'il peut agir contre la mauvaise conduite de l'homme, il est désarmé devant la médiocrité ou l'incapacité du professeur.

Digitized by Google

Et quand même tout votre corps enseignant serait excellent, est-ce que le professeur ne vieillit pas? est-ce que ses doctrines seront toujours au courant de la science? est-ce qu'après vingt ans de professorat, ses théories ne courent pas risque d'être surannées? Qu'on songe à ce qu'était l'étude du droit romain il y a vingt-cinq ans, sous M. Berthelot, et qu'on se demande si la révolution commencée est partout achevée, et s'il n'y a point encore des professeurs pour qui Gaius n'a point été découvert? Et, d'ailleurs, quand même vos maîtres seraient parfaits et toujours et partout, ne voyez-vous pas qu'en organisant le monopole, vous sacrifiez tout à une seule méthode, à un seul système? A Paris, par exemple, il y a pour sept ou huit cents étudiants une seule chaire de droit commercial, une seule chaire de droit administratif. Laissez de côté l'impossibilité de faire profiter d'un enseignement quelconque un nombre aussi considérable d'auditeurs, attribuez au titulaire un talent achevé, est-ce qu'un homme peut représenter à lui seul toute la science du commerce ou de l'administration pour la moitié de la jeunesse française? Est-ce qu'il n'y a pas d'autres opinions probables que celles qu'il défend? Est-ce qu'il embrasse toutes les faces de la science? est-ce que sa manière d'envisager le droit est la seule bonne et la seule utile? la seule qui convienne à toutes les intelligences? Allons plus loin : il n'y a dans toute la France que deux chaires dans lesquelles il soit permis d'enseigner la philosophie du droit ; l'une est au Collége de France, l'autre est à la Faculté sous le nom d'*Introduction générale à l'étude du Droit.* Toutes deux sont confiées à la même personne. Je n'attaque point le titulaire, qu'on dit un homme de mérite, je n'ai rien à reprendre dans son enseignement, que je ne connais pas ; mais, enfin, ce titulaire peut-il être en France le seul représentant de la philosophie du droit, et accepter un titre dont Jouffroy n'eût pas voulu? Assurément, personne au monde n'a cette ridicule prétention; mais, alors, pourquoi donc accumuler sur une seule tête une aussi grande responsabilité? Pourquoi forcer vingt générations à accepter les idées d'un seul hmme, quand il suffi-

Digitized by Google

rait de briser d'inutiles entraves pour qu'en peu de temps l'enseignement fût quadruplé et la concurrence introduite dans toutes nos Facultés ?

Encore si le concours était combiné pour amener infailliblement dans l'enseignement les hommes spéciaux, on comprendrait, sans la justifier, l'adoption du système de monopole ; mais point du tout, et, par une inconséquence singulière, ce concours, dont le résultat est de cantonner un homme à tout jamais dans une seule chaire, est calculé en vue des examens; et c'est après avoir constaté par des épreuves générales que le candidat est capable d'enseigner sur toutes les parties du droit, qu'on lui assigne un enseignement dont il lui est défendu de s'écarter. Le professeur doit être *universel* pour examiner, mais il est *spécial* dès qu'il s'agit de faire des leçons. De là des résultats incroyables dans leur bizarrerie. Tel homme brille dans un concours par la façon remarquable dont il explique le Code civil dans les épreuves générales; il est nommé professeur de droit administratif. Dès ce jour, il ne peut plus enseigner le Code. A Paris, un professeur nommé au concours à la chaire de procédure civile permute avec le titulaire d'une des chaires de Code civil. Dès ce moment le premier devient incapable d'enseigner la procédure, comme le second d'enseigner le Code. Un autre membre de la Faculté, après neuf ans de leçons sur le Code civil, est chargé d'un cours d'introduction à l'étude du droit ; dès ce moment l'enseignement du Code lui est interdit. Enfin, et pour comble d'inconséquence, il n'y a point de suppléant qui ne puisse être appelé à tour de rôle à professer le droit romain, le Code, l'histoire du droit, en un mot, tous les cours de la Faculté ; mais du jour où son mérite obtient une consécration nouvelle, du jour où, après des épreuves générales vaillamment soutenues, le suppléant est déclaré professeur, il lui est à tout jamais défendu de sortir de la chaire à laquelle l'a rivé le hasard d'un concours.

Cherchons maintenant dans quel intérêt l'Etat impose au professorat ces gênes multipliées. Ce n'est pas dans l'intérêt de la science, qui ne vit que par la concurrence, et n'a jamais trop d'a-

Digitized by Google

dorateurs. Ce n'est pas au profit des étudiants ; ils ont tout à gagner à la multiplicité des leçons et des méthodes. Est-ce dans l'intérêt de l'Etat ? Mais en France, au point de vue politique, nous n'avons pas peur de l'enseignement donné dans une Faculté par des professeurs qui ont une position à conserver, et un caractère public qui leur interdit de faire de leur chaire autre chose qu'une tribune scientifique. S'agit-il d'ailleurs d'ouvrir la Faculté au premier venu ? Non, la liberté du professorat peut très-bien s'accommoder de l'organisation actuelle ; il n'est point nécessaire d'introduire d'hommes nouveaux dans l'enseignement. D'ailleurs, sur quoi porteront ces libres leçons ; sur le droit romain, le code de commerce, le droit administratif ? Ce ne sont point là des sujets bien dangereux ; joignons-y l'économie politique, ou la philosophie du droit, nous ne ferons pas encore de l'école un foyer révolutionnaire. En somme, qu'un professeur fasse quatre cours ou un seul, les dangers politiques ne sont pas plus grands, et la surveillance est la même. Quant au point de vue économique, il n'y a point de système comparable au système de liberté, puisque sans grever le budget, l'Etat peut tripler et quadrupler les cours, et qu'il lui suffirait de détruire d'inutiles barrières pour qu'une Faculté de province élevât son enseignement au-dessus de celui que Paris donne aujourd'hui. Huit professeurs, à Breslau, ont donné dans le premier semestre 1842, vingt-un cours sur douze sujets différents, et cent trente-neuf heures de leçons par semaine[1], et à Breslau il y a cent douze étudiants en droit. Pourquoi les huit professeurs de Toulouse (débarrassés des examens), ne feraient-ils pas ce qu'ont fait les professeurs de Breslau ? Ce serait

[1] *Encyclopédie*, trois cours de six heures chaque. *Pandectes*, trois cours de douze heures. *Droit de succession*, un cours de cinq heures. *Droit réel et droit d'hypothèque*, un cours de six heures. Trois cours d'*histoire de la législation* de cinq heures, un cours de *droit privé* de cinq heures, un cours de *droit féodal* de quatre heures, trois cours de *droit canonique* de six heures, un cours de *droit criminel*, huit heures ; un cours de *procédure criminelle*, huit heures. *Droit des gens*, un cours, quatre heures. Deux *repetitoria et examinatoria*, six heures.

Digitized by Google

un enseignement double de celui de Paris. Ainsi l'intérêt de la science, des étudiants, de l'Etat, tout se réunit pour condamner le régime de servitude sous lequel nous vivons ; reste l'intérêt du professeur.

Je ne crois pas émettre un paradoxe en disant que les professeurs sont de tous les plus directement intéressés à cette réforme. Comme considération, peut-on comparer la position d'un homme qui par la seule force de son talent réunit autour de sa chaire deux cents jeunes gens, à la position d'un maître aux pieds duquel le règlement jette comme un troupeau huit cents étudiants, condamnés par ordre à se presser dans l'amphithéâtre ? Dans le régime de l'Ecole, quelle est la récompense du professeur habile ou laborieux ? qui peut indiquer à l'Etat et à l'opinion publique le mérite ou le dévouement du maître ? l'affluence des étudiants ? elle est commandée ; la variété des leçons ? elle est interdite. Rien ne distingue l'homme éminent de l'homme médiocre. En Allemagne, au contraire, l'amour-propre du professeur est sans cesse en jeu. Il y a des rivaux qui lui font concurrence par le talent de la parole, par l'ardeur de la jeunesse, par la multiplicité des leçons ; il lui faut conquérir sa position à force de travail, et, une fois conquise, il la lui faut défendre jusqu'au dernier moment. Mais aussi cette position qui lui donne honneur et fortune, il ne la doit qu'à lui-même ; ces étudiants qui l'écoutent, c'est sa parole qui les retient ; ce ne sont point des écoliers qui tremblent sous la férule des maîtres, ce sont des disciples, des amis, presque des collaborateurs. Un *Privat docent* a droit d'être plus fier avec quinze auditeurs qu'il doit à son mérite, qu'un professeur de Paris avec huit cents étudiants, venus par ordre, et qui demain s'évanouiraient si le cours était déclaré *non obligatoire*.

Si l'amour-propre du professeur trouve son compte dans cette libre organisation, son esprit y gagne bien davantage. Il n'est point condamné à traîner éternellement dans le même sillon ; il peut agrandir ses connaissances en s'étendant dans les sphères voisines de son enseignement, il peut se reposer par la va-

Digitized by Google

riété des études, de la fatigue intellectuelle qu'amène un même travail trop longtemps prolongé. Si le hasard du concours, si le choix du ministre l'a placé dans une chaire qu'il remplit honorablement, mais à laquelle ne l'appelaient pas ses goûts antérieurs, il peut rester fidèle à ses anciennes, non moins qu'à ses nouvelles études, et mettre à la disposition des jeunes gens tous les trésors de son intelligence. Ainsi, par exemple, Rennes, où la chaire d'histoire du droit n'existe même pas, possède un homme éminent par ses travaux historiques ; rien n'empêche la Faculté de s'enrichir de cet enseignement, sinon une absurde organisation qui condamne un homme né pour être un des professeurs les plus remarquables de l'histoire du droit, à donner *exclusivement* un cours de droit administratif. A Paris, deux professeurs justement considérés, ont fait de bons travaux sur les éléments du droit romain ; le premier, professeur de droit romain, mais non pas d'Institutes, a le droit d'expliquer Gaius, mais il lui est défendu de toucher au remaniement de Gaius, que Justinien a publié sous son nom, car ce serait empiéter sur le domaine de deux de ses collègues ; le second a fait un livre élémentaire dans lequel une partie des étudiants de première année va chercher ou compléter son instruction, mais il lui est interdit d'enseigner de vive voix ce droit romain qu'il enseigne par écrit, et sur lequel il interroge, car il y a des titulaires, je me trompe, des propriétaires exclusifs du cours d'Institutes. Et cependant, avec huit cents étudiants, ce ne serait pas trop de quatre professeurs, pour que l'enseignement du droit romain fût mis à la portée de tous ces esprits divers.

Un autre avantage de la libre concurrence serait d'ouvrir immédiatement l'enseignement aux vingt-cinq suppléants, qu'une organisation aussi mauvaise que coûteuse en tient éloignés. Comprend-on qu'en France le quart des professeurs (vingt-cinq sur cent un), n'ait le droit de monter en chaire que par hasard en cas d'absence ou de maladie des titulaires ? Et ces hommes dont l'Etat paralyse ainsi la bonne volonté, sont ceux qui, par leur âge et leur désir de parvenir, offrent les meilleures garanties de zèle

Digitized by Google

et de succès. *Les suppléants*, dit le rapport de la Faculté de Paris [1], *participent à toutes les fonctions du professorat :* oui, à peu près comme les pensionnaires de la Comédie-Française remplissent tous les rôles de Messieurs les sociétaires. A vingt-sept ou vingt-huit ans, un jeune docteur, après un concours brillant, est nommé suppléant ; il est dans toute la force et l'ardeur de l'âge ; c'est le moment où l'Etat qui le paye a grand soin de ne pas l'employer. S'il n'y a point de professeur absent ou malade, le suppléant passera de longues années, sans trouver l'occasion de se produire. Ce moment arrivé, le hasard lui donnera un enseignement qui peut-être ne lui conviendra pas. Quoi qu'il en soit, du jour au lendemain il lui faudra, comme au théâtre, prendre le rôle du professeur de procédure, de droit constitutionnel, ou de droit romain ; et comme au théâtre, quels que soient son mérite et son succès, le retour du titulaire lui fermera la scène. Du reste, qu'il réussisse ou non, nul ne lui en saura gré, et quelque longue qu'ait été la durée de sa suppléance, il n'aura pas plus de droit que le premier docteur venu, sur la chaire qu'il aura remplie honorablement. Ainsi se passe la jeunesse du suppléant, sans profit pour lui, sans profit pour la science ; car, à quelle étude spéciale peut se livrer un homme que la perspective du concours et la mobilité de l'enseignement préoccupent sans cesse ? Puis enfin vers quarante ans, à l'âge où l'esprit a pris un pli définitif, le hasard en fera un titulaire de Code civil, ou de droit romain, et lui imposera une spécialité qui ne sera pas la sienne. Est-il possible de gaspiller plus tristement de plus précieuses ressources ? et n'est-ce point paralyser à plaisir l'élément par lequel le progrès doit se faire dans la Faculté ?

Au contraire, que ces suppléants deviennent, comme le propose le ministre, des *agrégés* (il y a toute une révolution dans ce changement de titre) ; que ces agrégés, véritables professeurs, aient le droit d'enseigner en concurrence avec les titulai-

[1] Rapport, p. 59.

Digitized by Google

res ; dès ce jour une vie nouvelle anime toutes les Facultés ; dès ce jour aussi le gouvernement possède dans le zèle et l'assiduité des élèves, un thermomètre exact du mérite (je ne dis pas du savant), mais du professeur. Il a des candidats tout prêts ; tout éprouvés pour les chaires vacantes ; des hommes spéciaux pour les branches spéciales, et non pas des gens qui, pendant dix ans, n'ont eu d'autre préoccupation que de faire de la scolastique sur le Code civil, et de chercher de quelle façon on pourrait, au jour du concours, embarrasser un adversaire par l'interprétation nouvelle d'un article dont la jurisprudence a depuis trente ans déterminé le sens.

Déjà plusieurs fois on a senti la nécessité d'ouvrir l'enseignement aux suppléants ; mais dans les plans les plus hardis on se contente de demander qu'on leur abandonne cette partie de la science dont ne s'occupent pas les professeurs, et que l'Etat n'exige point pour les examen [1]. Dans l'organisation actuelle, l'expérience a prouvé que cette institution n'était point viable ; le travail du professeur est pour lui sans résultat d'honneur, ni d'avenir, ni de fortune, et l'étudiant manque de loisirs. Dans une organisation meilleure qui accorderait à l'élève plus de liberté, et promettrait au professeur une récompense sérieuse, on obtiendrait sans doute de meilleurs résultats ; mais ce ne serait encore qu'une demi-réforme, et qui, tout en améliorant la condition des agrégés, n'atteindrait pas le vice essentiel du système régnant ; je veux dire le monopole. Dès que l'agrégé est reconnu capable d'enseigner le droit romain, je ne vois nulle raison pour l'empêcher de choisir à son gré les Institutes, les Pandectes, ou l'histoire du droit. L'expérience de l'Allemagne a prouvé que dans cette libre organisation il y avait avantage réel pour l'enseignement, et point de danger pour l'Etat, ni pour les professeurs. Ainsi, dira-t-on, le suppléant fera concurrence au titulaire ? Je réponds : tant mieux, c'est une raison pour que tous

[1] J'ai soutenu cette doctrine dans une brochure sur l'*Enseignement du droit*, publiée en 1840 ; mais, à cette époque, je n'avais pas vu l'Allemagne, et j'étais sous l'empire du préjugé commun.

Digitized by Google

deux travaillent davantage, et cette rivalité ne peut que profiter à l'étudiant. Ainsi un jeune homme à peine sorti des bancs, viendra planter son drapeau à côté des célèbres messieurs tels ou tels ? — Sans doute, il y avait aussi à Berlin des *privat docenten*, qui enseignaient le droit romain à côté de M. de Savigny. Il y a eu à Kœnigsberg, et à Munich, des professeurs de philosophie auprès de Kant et de Schelling; à Giessen, il y a des cours de chimie à côté de M. Liebig; est-ce que cette concurrence a jamais rien ôté au mérite et à la grandeur des hommes éminents que je viens de citer? Est-ce que la concurrence n'est point la condition de l'activité humaine, l'élément nécessaire de tout progrès? De professeur à professeur, pourquoi la rivalité ne serait-elle pas aussi bien permise que d'avocat à avocat, de médecin à médecin, ou de savant à savant? Nous nous faisons sur ce point les plus fausses idées, tant l'habitude du monopole nous a perverti l'esprit, et il nous faudra longtemps encore pour admettre cette vérité triviale au delà du Rhin, que *le professeur est fait pour l'étudiant, et non pas l'étudiant pour le professeur ;* et que par conséquent, tout doit être calculé *non dans l'intérêt du maître, mais dans l'intérêt exclusif de l'enseignement.*

§ 5. — Du traitement des professeurs.

Le traitement des professeurs titulaires ou suppléants se compose, comme nous l'avons dit plus haut, de deux éléments, un traitement fixe donné par l'État, un traitement proportionnel composé des redevances payées par l'étudiant lors de l'examen. En Allemagne, on a reçu aussi le système des deux traitements, mais on a eu le bon esprit d'attacher le traitement proportionnel, non pas à un travail stérile comme l'examen, mais à l'enseignement même; c'est à peu près le système adopté dans nos colléges. En Prusse, chaque professeur reçoit par étudiant inscrit, pour un cours semestriel de trois à quatre heures par semaine, 3 thalers ou 11 francs 25; pour un cours de cinq à six heures, 4 thalers (15 francs); de sept à huit heures, 6 thalers (22 francs

Digitized by Google

50); de neuf à dix heures, 7 thalers (26 francs 25); de dix heures à douze et au delà, 8 thalers (30 francs) [1]. C'est l'étudiant qui, en s'inscrivant, verse à la caisse le montant du cours, comme il verse chez nous le prix de l'examen, quand il demande à subir cette épreuve. Dans les deux pays, nul rapport immédiat entre l'étudiant et le professeur. En Prusse comme en France, tout se passe par l'intermédiaire du secrétaire de la Faculté.

Quel est l'avantage d'un traitement proportionnel attaché à un travail utile? Je laisse sur ce point parler la Faculté de Strasbourg; rien de plus sage que ses réflexions [2].

« La conservation des deux traitements est nécessaire. Un seul traitement, un traitement fixe dégénère trop facilement en une espèce de sinécure; plus d'un professeur, ainsi circonscrit dans une position invariable, s'accommoderait d'idées une fois arrêtées, et ne s'occuperait plus des progrès de la science; sa place deviendrait stérile. Si, au contraire, il a la perspective d'une amélioration honorifique et pécuniaire, il s'excite lui-même à améliorer, à vivifier son enseignement. Le traitement éventuel, calculé dans une sage proportion sur le nombre des élèves, est très-bien fait pour opérer cet effet. Pourquoi les Universités d'Allemagne sont-elles si pleines de vie et si riches en résultats scientifiques? c'est que les professeurs, outre le traitement fixe convenable qui les met au-dessus du besoin [3], jouissent encore de rétributions payées directement [4] par les étudiants, et qui, jointes au débit du *compendium* (ou programme) des professeurs, édité fré-

[1] Koch, t. II, p. 274.

[2] Rapport, p. 80.

[3] Ce traitement fixe n'est pas, en général, fort élevé. A Breslau, par exemple, en 1842, les quatre professeurs titulaires avaient comme traitement fixe, M. Huschke et M. Gaupp, chacun 1100 thalers (4,400 fr. en nombre rond); M. Abegg 1300 thalers (ou 5,200 fr.); M. Regenbrecht 800 thalers (ou 3,200 fr.). Les professeurs agrégés étaient, en général, beaucoup moins payés. Ils avaient de 200 à 600 thalers (800 à 2,400 fr.); mais la Faculté demandait que le minimum d'un agrégé fût de 600 thalers, et celui d'un titulaire de 800.

[4] La rétribution *directe*, c'est-à-dire donnée de la main à la main par l'étudiant, est presque partout remplacée par le versement de l'honoraire à la caisse de l'Université.

Digitized by Google

quemment, portent le total de leurs émoluments à une somme considérable. (C'est ainsi qu'à Heidelberg [1], plusieurs professeurs arrivent à 25,000 francs, il y en a un qui arrive à 32,000 francs); de cette sorte, la position du professeur devient digne, il peut entretenir sa bibliothèque au niveau du progrès de la science ; il peut suivre les journaux scientifiques ; il peut s'aider d'un secrétaire, et peut faire en vacances des voyages qui le mettent en contact avec d'autres savants ; ce ne sera pas un ouvrier courbé à terre, mais un véritable homme scientifique, libéral, élevé. »

Après ces excellentes observations, je n'insisterai point sur les avantages du traitement proportionnel ; il est évident que si l'État exige une science profonde et variée des hommes chargés de l'enseignement supérieur, il lui faut des esprits d'élite, et ces esprits d'élite, il n'y a que deux moyens de les obtenir, deux moyens qui le plus souvent se réunissent et sont le principal mobile des actions humaines, je veux dire l'HONNEUR ET LA FORTUNE, *honos et præmium ;* c'était la devise que Munchausen donna à l'Université de Gœttingue, et c'est avec ce secret qu'il en fit le premier établissement de l'Allemagne. De ces deux moyens, l'un est à la disposition de l'État, l'honneur ; il n'en est point de même du second ; le gouvernement ne dispose que de ressources fort limitées pour rémunérer les services publics. Il doit donc accueillir avec faveur une combinaison qui, sans aggraver les dépenses publiques, garantisse au professeur une position de fortune assez belle pour tenter les plus ambitieux, et permette ainsi à l'État d'attirer à son service tout ce qu'il y a d'hommes éminents dans la magistrature ou le barreau. En demandant par exemple à l'étudiant 10 francs par trimestre pour une leçon de trois ou quatre heures par semaine, il suffira de deux cents étudiants pour que le titulaire d'aujourd'hui conserve le traitement proportionnel qu'il retire des examens [2], et s'il veut

[1] Suivant le dernier recensement, en 1845, il y avait à Heidelberg cinq cent cinquante-huit étudiants en droit, et quatorze professeurs, dont sept *Privat docenten.*

[2] Je ne discute pas la manière d'indemniser les titulaires, ou plu-

Digitized by Google

donner deux cours par semaine avec le même nombre d'étudiants, son traitement dépassera 20,000 francs [1]. C'est un avenir qui n'a rien d'effrayant, et jamais réforme ne s'est présentée sous de moins rudes apparences.

Faut-il justifier le traitement proportionnel de ces reproches qui courent les rues, *qu'il est humiliant pour le professeur, qu'il établira une extrême inégalité entre l'homme qui se borne à la science pure et celui qui enseigne le droit pratique?* Je ne le crois pas ; cependant je dirai sur ce point quelques mots.

J'espère qu'on nous fera grâce de la prétendue humiliation du professeur; il n'y a jamais de honte à toucher une rémunération pour un service public, et d'ailleurs il serait assez difficile de prouver dans l'espèce qu'il est beau de recevoir dix francs pour un examen et humiliant de toucher ces mêmes dix francs pour un cours. Des deux fonctions d'examinateur ou de professeur, s'il en est une qui puisse s'honorer du service rendu, et qui mérite un légitime et noble salaire, assurément c'est la première.

La seconde objection est plus spécieuse, mais il est aisé de parer à l'extrême inégalité en établissant, comme en Belgique, plusieurs catégories de traitements fixes, et en réservant ces traitements élevés aux professeurs les moins favorisés par la nature de leur enseignement. D'ailleurs, ainsi qu'on le voit par l'exemple de l'Allemagne, il est rare qu'un professeur se tienne à un seul cours, et d'ordinaire il joint à des leçons de science pure quelques leçons plus suivies. En France, comme en Allemagne, il sera donc toujours facile au titulaire de s'assurer par

tôt de leur conserver leur traitement; il est certain que ce traitement est un *véritable droit acquis*, et que nulle réforme n'est légitime qu'à condition de respecter le titre et le salaire du professeur.

[1] Quant aux étudiants, dont l'intérêt est non moins respectable que celui du professeur, il semble que leurs dépenses ne seraient pas sensiblement augmentées. Les frais d'études pour les trois années de droit montent à 814 fr. Si l'Etat ne voulait s'attribuer que le quart de cette somme, le reste serait suffisant pour payer cinq cours par aneée, c'est-à-dire un enseignement double de celui que donne aujourd'hui la Faculté.

Digitized by Google

son travail une position honorable, et cela doit lui suffire. Il n'est pas nécessaire le moins du monde que ses collègues ne puissent être plus riches que lui. Ce n'est pas dans le revenu, c'est dans le titre et le rang académique que doit être l'égalité.

Il pourrait donc arriver qu'un agrégé fût plus suivi qu'un professeur, et se trouvât plus haut placé que le titulaire ? — Sans doute, c'est là une des conséquences possibles de la liberté du professeur ; mais le système actuel, qui compromet l'éducation de milliers d'individus pour ne pas porter ombrage à l'amour-propre d'un individu, n'a-t-il pas un défaut bien plus grand ? Et enfin, à tout prendre, y a-t-il un mal réel à ce que le professeur qui faiblit ou vieillit puisse s'apercevoir de la fatigue des années, et, avec le concours de l'État, chercher dans la magistrature ou les bibliothèques quelque retraite honorable ? En Allemagne, il y a dans le succès du professeur rival un avertissement souvent écouté, et le *solve senescentem* prononcé par une jeunesse impartiale n'est point perdu. Personne, au moins, hormis le professeur, ne souffre de son infériorité ou de son affaiblissement. Et si l'État indemnise un vieux serviteur, ce n'est pas en lui sacrifiant l'avenir scientifique des jeunes générations.

Enfin, il faut bien considérer que le traitement proportionnel est le complément indispensable de la liberté du professorat. Vous ne pouvez pas espérer multiplier les leçons sans ce stimulant, car le professeur est homme, il faut qu'il vive ; et si l'enseignement ne lui donne pas des moyens d'existence, il faut qu'il les cherche ailleurs, comme répétiteur, comme savant, comme écrivain. L'exemple des suppléants parle en ce point plus haut que tous les raisonnements. Tout au contraire, le traitement proportionnel attache le maître à l'enseignement, et lui fait concentrer sur ce seul point tous ses efforts et tout son génie ; car son intérêt et son honneur sont d'accord, et il ne peut obtenir la gloire sans obtenir en même temps la fortune. Quelques mécomptes individuels, le froissement de quelques amours-propres ne sont rien auprès de l'avantage énorme que promet à l'État une organisation assez parfaite pour ménager à la fois la liberté

Digitized by Google

des étudiants et celle des professeurs, tout en obtenant et des uns et des autres le plus grand développement possible de leurs forces intellectuelles.

§ 6. — Résumé.

Résumons l'expérience allemande en un petit nombre d'axiomes reçus sans contestation de l'autre côté du Rhin, et qui, en France, doivent devenir familiers à tout homme qui s'occupe de la direction ou de la réforme de l'enseignement supérieur.

1° Une Faculté n'est point une école préparatoire instituée uniquement dans un but pratique. Sa destination est de donner *complétement, dans son intégrité*, l'enseignement supérieur, sans égard à l'utilité plus ou moins immédiate, plus ou moins directe de telle ou telle branche scientifique. Pour admettre que l'École de droit dût se restreindre à l'enseignement pratique, il faudrait supposer au-dessus de la Faculté un établissement dans lequel se donnerait l'enseignement supérieur, objet de la sollicitude de tout gouvernement éclairé.

2° Le droit étant à la fois une science et un art, son enseignement doit être philosophique, historique et pratique, si l'on veut que l'éducation nationale ne prenne pas une fausse direction.

3° Le gouvernement a un double droit sur l'enseignement supérieur, — droit de surveillance politique pour qu'on ne pervertisse pas l'esprit de la jeunesse par des doctrines subversives ou antisociales ; — droit d'exiger que certaines leçons soient données de préférence par les professeurs qu'il institue, et suivies par les étudiants qui lui demanderont quelque jour un caractère public.

Sur le premier point, l'organisation des professeurs en corporation, le pouvoir de suspendre et de destituer, après jugement, celui d'entre eux qui manquerait à ses devoirs, sont pour l'État une garantie suffisante.

Pour le second, qui concerne plus spécialement les étudiants

Digitized by Google

que les professeurs, la surveillance du ministre et de la Faculté, les certificats d'assiduité et l'examen final, lui assurent facilement l'obéissance générale.

4° En dehors de cette double action, toute intervention directe de l'État est plus dangereuse qu'utile, et l'expérience a démontré qu'un système dans lequel le gouvernement a ses droits réservés, s'en remettait à la Faculté, librement organisée, du choix, de l'ordre et des méthodes de l'enseignement, était infiniment préférable à tout système dans lequel l'État prétend diriger à son gré l'ordre et le choix des leçons. C'est aux savants et non au gouvernement qu'il appartient de décider des questions scientifiques, telles que celle du meilleur enseignement.

5° En ce qui regarde l'étudiant, nulle raison politique ou scientifique ne peut justifier le régime de contrainte qui, en ôtant aux jeunes gens toute liberté d'esprit, leur ôte en même temps le goût du travail. Il est d'ailleurs évident que l'uniformité de la règle suppose dans les intelligences une uniformité qui n'a jamais existé. Dans la direction des études, tout doit se borner à des conseils. La Faculté, représentant les pères de famille, a sans doute le droit de s'assurer que l'étudiant suit annuellement un certain nombre de leçons; mais elle n'a point le droit de lui imposer un ordre ou des méthodes essentiellement arbitraires, et qui doivent varier, pour ainsi dire, avec chaque individu.

Une fois reconnu qu'il faut à l'étudiant un certain degré d'honnête liberté dans le choix et la disposition de ses études, on ne peut maintenir les examens réitérés qui ne lui laissent aucune indépendance, pas même dans le cercle tracé par l'État.

6° Pour que l'étudiant ait le choix des leçons et des méthodes, il faut que, pendant son séjour à la Faculté, les mêmes cours soient faits plusieurs fois et par différents maîtres. La concurrence des professeurs est donc une des premières conditions de la liberté d'études.

Digitized by Google

7° Les professeurs doivent jouir d'une liberté absolue d le choix de leurs méthodes. Que leur enseignement soit exégétique ou dogmatique, historique ou philosophique, l'État n'a point à s'en mêler; on ne prescrit pas plus les méthodes qu'on n'impose des opinions. C'est de la concurrence des professeurs que l'État doit attendre le triomphe du meilleur système, ce n'est point avec une méthode officielle qu'il obtiendra ce résultat.

8° Nul professeur ne doit avoir le monopole de son enseignement. Ce qui appartient au professeur, comme à tout autre fonctionnaire, c'est son titre et rien de plus. Tout membre de la Faculté, une fois qu'il a donné l'enseignement dont l'État l'a chargé, doit avoir le droit de faire des leçons sur toutes les matières de la jurisprudence, que cette matière soit ou non l'objet des leçons d'un collègue, qu'elle figure ou non sur le programme de l'État. Au moyen de cette double liberté et de la concurrence qu'elle amène, l'État obtient des professeurs un déploiement de forces intellectuelles des plus considérables, et une richesse d'enseignement incomparable. Quatre enseignements divers, et dix heures de leçons par semaine, telle est la moyenne qu'on peut attendre de chaque membre de la Faculté.

9° Il n'y a aucune raison pour empêcher les suppléants de donner des leçons. Enseigner est la première condition pour devenir bon professeur; et, en écartant de la chaire l'homme qui a fait preuve de talent, l'État se prive volontairement d'une précieuse ressource, et nuit inutilement aux suppléants qu'il condamne à l'inertie. Un système dans lequel le quart des professeurs est perdu pour l'enseignement est un mauvais système.

10° Le traitement proportionnel, calculé sur le nombre d'étudiants librement inscrits au cours, est la plus juste rémunération du service rendu par le professeur, et le plus légitime encouragement pour décider le maître à se consacrer tout entier à l'enseignement. C'est dans la Faculté, et là seulement, qu'il doit trouver ensemble et gloire et fortune.

Digitized by Google

11° Le traitement proportionnel est aussi pour l'État un thermomètre assez exact du mérite du professeur. L'affluence des étudiants indique généralement que la chaire est occupée par un homme de talent, et les jeunes gens, pour apprécier leur maître, ont le goût tout aussi fin que le public pour apprécier les grands acteurs. Il y a presque toujours dans la jeunesse un désintéressement et une absence de passions mauvaises, qui garantit l'indépendance et le mérite de ses jugements.

§ VII. Dernières réflexions.

Tel est l'esprit nouveau que nous voudrions introduire dans nos Facultés; tel est le système de liberté dont nous appelons de tous nos vœux la réalisation, sans oser l'espérer. Quelque confiance que nous ayons du reste dans les lumières et la bonne volonté de la Commission, ces idées sont encore trop peu connues en France pour que nous puissions croire à leur succès prochain. Cependant, c'est de ce côté que la réforme est le plus facile, puisqu'on peut la faire, à la rigueur, sans introduire dans les Facultés de membres nouveaux, et sans grever le budget de la création des chaires que le progrès de la science a rendues indispensables. Tout au contraire, si l'on conserve le régime présent, l'amélioration de l'enseignement augmentera dans des proportions considérables le personnel des Facultés et le chiffre du budget. Ce système mérite donc une sérieuse considération.

On a vu, par tout ce qui précède, que c'est dans un changement d'organisation, et non point dans un changement de personnes que nous plaçons nos espérances pour la régénération de l'enseignement; ce n'est point à dire que nous approuvions le mode par lequel se recrute le professorat, et nous sommes loin de partager en ce point les opinions de la Faculté de Paris. Il nous semble même que c'est aller bien loin que de prétendre que la constitution du professorat *est appuyée sur une expérience de quarante années*, et l'École oublie trop qu'elle a dû

Digitized by Google

au bon choix des ministres ses noms les plus glorieux, et qu'encore aujourd'hui la moitié de ses membres, et non pas les moins illustres, n'ont point été nommés au concours [1]. Cette *expérience de quarante années* n'est donc pas encore commencée.

Nous ne discuterons pas la question du concours, jugée depuis longtemps par l'opinion des hommes éclairés; les défauts de ce système ont été parfaitement signalés dans le premier rapport de M. de Salvandy, et il n'y a rien à retrancher de la sévérité de ce jugement. Il est bon seulement de s'expliquer sur un raisonnement équivoque, à l'aide duquel la Faculté, trompée la première, pourrait donner le change au lecteur surpris.

« Ce n'est point à l'époque actuelle, dit le rapport [2], qu'il est besoin de faire l'apologie du concours. Au moment où l'opinion semble réclamer cette institution pour des professions même auxquelles on ne l'a jamais appliquée, comment concevoir qu'on peut songer à dépouiller de cette garantie les professions auxquelles depuis longtemps elle sert de base ? »

La Faculté confond deux choses fort distinctes : le concours appliqué *au choix* d'un individu, et le concours appliqué *comme moyen d'élimination* à l'entrée d'une carrière qui admet un grand nombre de personnes. Ceux qui réclament l'application du concours à l'entrée dans la magistrature ou dans les services publics peuvent combattre avec plus ou moins de vivacité la nomination des professeurs au concours, sans manquer le moins du monde aux règles de la logique. Ils ne prétendent pas que cent places de magistrats disputées entre six cents jeunes gens, seront nécessairement emportées par les cent candidats les plus capables et dans l'ordre hiérarchique de leur intelligence et de leur travail, mais seulement qu'on aura en moyenne le plus grand nombre possible de bons choix ; que, par exemple, l'erreur ne sera peut-être pas d'un cinquième, et que, dans ce dernier cinquième, ne

[1] N'ont point été nommés professeurs au concours MM. Ducaurroy, Demante, Macarel, Royer-Collard, de Portets, Ortolan, Rossi. M. de Gérando et M. Poncelet avaient également été nommés par décision ministérielle.

[2] Page 60.

Digitized by Google

figureront point les ignorants ou les sots. Mais, quand il est question d'une chaire d'histoire du droit, ou de droit criminel, à donner dans les premières Facultés du royaume, s'agit-il d'éliminer les incapables ou de choisir à coup sûr le plus capable? Et pour désigner l'homme éminent qui s'acquittera, non pas convenablement, mais brillamment d'un enseignement aussi difficile, vaut-il mieux s'en remettre à la présentation de corps savants, véritables organes de l'opinion publique, tels que la Faculté, l'Académie, la Cour de cassation, plutôt qu'à des épreuves où tout est donné à l'inspiration du moment, où l'on ne tient compte ni des titres scientifiques, ni des droits acquis? Là est toute la difficulté, et cette difficulté, la Faculté ne l'a pas même entrevue.

Et, d'ailleurs, pour que le concours pût être un bon moyen d'élection, la première condition serait qu'il attirât le plus grand nombre possible de concurrents sérieux; c'est seulement ainsi que ce mode peut être légitime, car s'il a pour résultat d'écarter les plus recommandables, et de limiter l'élection entre un petit nombre de rivaux, souvent inconnus de la veille, il est essentiellement vicieux. En est-il ainsi? A-t-on jamais vu se présenter au concours un magistrat éminent, un commentateur célèbre du Code civil, un membre de l'Institut? Klimrath a-t-il osé se présenter? Et s'offrir au concours avec des titres scientifiques, ne serait-ce point augmenter ses chances d'insuccès? Il ne faut donc point défendre si haut un système dont le premier effet est de n'amener dans les chaires que des hommes nouveaux et inconnus du public; c'est-à-dire sans influence sur les étudiants à leur début. Le concours empêche les gens incapables d'arriver par la seule faveur, sans nul doute; mais, en même temps, il écarte les hommes qui ont conquis dans la science une position supérieure; ses inconvénients balancent donc singulièrement ses avantages négatifs. Ce qui constitue une faculté brillante, et dans laquelle les jeunes gens sont glorieux d'étudier, ce ne sont point vingt professeurs convenables, ce sont cinq ou six hommes éminents. Ces hommes supérieurs, le concours ne les amènera que *par hasard;* la présentation des corps savants les amènera *sûrement.*

Digitized by Google

Je n'en veux pour exemple que les nominations des professeurs de l'École Polytechnique, faites depuis vingt ans sur la double présentation du Conseil de l'École et de l'Académie des sciences. Le résultat de ce système a été admirable, et ne peut se comparer à celui qu'a donné le concours.

La Faculté veut bien reconnaître *que l'institution en elle-même étant à l'abri de toute attaque fondée, les dispositions réglementaires du concours peuvent être susceptibles d'améliorations;* s'il s'agit des épreuves, comme il est probable, on ne peut que regretter le silence de la Faculté sur les réformes à introduire en ce point. Ces épreuves, calculées en vue des *connaissances générales* qui doivent appartenir à l'EXAMINATEUR, sont fort mal calculées pour l'*enseignement spécial* du PROFESSEUR; on nomme ainsi pour une chaire d'histoire du droit ou de droit administratif, non pas celui qui sait le mieux l'histoire ou le droit administratif, mais celui qui parle le mieux sur le Code civil ou le droit romain. Il est difficile d'imaginer un meilleur système pour écarter de l'École tout savant véritable (hormis bien entendu les savants en droit civil, car ce qui constitue le savant, c'est en général la spécialité, c'est-à-dire l'application presque exclusive de l'esprit dans une certaine direction, et il est impossible qu'un homme qui a passé quinze ans à épuiser le droit administratif ou l'histoire de notre ancien droit, soit, au jour du concours, aussi bien préparé sur le Code civil qu'un jeune suppléant qui fait du Code son unique étude.

Il y a bien une épreuve spéciale; mais, outre que cette épreuve n'a qu'une influence assez faible sur la décision des juges, il arrive souvent que les juges eux-mêmes ne sont point compétents pour apprécier en ce point le mérite des concurrents; c'est notamment ce qui doit arriver pour la chaire d'histoire du droit. Depuis dix ans que cette science a commencé à se régénérer, combien de professeurs ont écrit sur l'histoire du droit français ou du droit romain? Deux ou trois peut-être sur dix-huit; ce sont cependant les quinze autres qui décideront, et sur des épreuves où seront agitées des questions que la grande majorité

Digitized by Google

des professeurs ne connaît même pas de nom. Qu'on demande, par exemple, aux candidats de dire *quels changements les Valois ont introduits dans la législation française? de rechercher les sources de la coutume de Paris?* d'exposer leurs idées *sur le caractère des Établissements de saint Louis? de faire l'histoire des coutumes anglo-normandes du treizième au quinzième siècle,* et mille autres questions semblables, rentrant toutes dans les connaissances nécessaires à un futur professeur d'histoire, je ne sais ce que le candidat répondra, mais je ne crois pas me tromper en avançant qu'une grande partie des professeurs n'a point d'opinions arrêtées sur ce point délicat, et serait fort embarrassée de juger un candidat exposant les *origines germaniques* ou *canoniques* de la législation française. S'il en est ainsi, qu'est-ce donc qu'un concours pour la chaire d'histoire du droit? Une déception. C'est ce qu'a compris M. de Salvandy, et, trouvant qu'en pareil cas il était impossible d'appliquer la loi, il a consulté la Faculté sur le parti qu'on pourrait prendre. « *Notre réponse est simple,* dit le rapport, *toute chaire vacante doit être mise au concours. Nous invoquons une prompte application du principe à la vacance déjà trop prolongée de la chaire d'histoire du droit*[1]. La réponse est des plus claires, sans doute, mais on peut douter qu'elle soit des plus concluantes. La maxime *dura lex, sed lex,* n'a de sens que pour les faits accomplis; et dire qu'on ne peut pas changer la loi parce qu'elle existe, ce n'est pas un raisonnement de législateur. Une bonne raison eût mieux valu que tout ce fracas de légalité.

L'École de Paris nous semble aussi fort sévère, en refusant au ministre le droit d'appeler à Paris des confrères que le hasard seul a placés sur un théâtre moins élevé. L'idée du ministre, de faire de tous les professeurs de droit les membres d'une même corporation, nous semble aussi grande que juste, et rien ne légitime cette espèce de condamnation qui attache à perpétuité le professeur à telle chaire de telle Faculté, sans espoir de

[1] R pport, p. 58.

Digitized by Google

jamais s'élever sur une scène plus grande et plus digne de lui. Il faut au professeur, comme à tous les hommes, un horizon toujours infini, si l'on ne veut pas qu'il tombe dans l'abattement, le dégoût ou l'inertie. Et pour l'État, quoi de plus mal calculé que de s'en remettre au hasard d'un concours pour la nomination d'un professeur à Paris, quand il a dans la province des maîtres éprouvés dans des enseignements spéciaux? Il est puéril de demander, comme le fait la Faculté, que des hommes, blanchis dans le professorat, redescendent dans l'arène pour se commettre avec des novices, et acceptent pour juges des gens qui ont été peut-être leurs disciples, et qu'en aucun cas ils ne peuvent accepter pour leurs supérieurs. Que dirait-on d'un système qui constituerait les conseillers de la Cour royale de Paris arbitres de l'avancement des autres conseillers du royaume? Est-ce le traitement ou le titre qui fait la différence? et si c'est le titre, en quoi le professeur de Rennes ou de Strasbourg peut-il se reconnaître l'inférieur du professeur de Paris?

Il est encore une question du plus haut intérêt que soulève le ministre, et sur laquelle nous aurions voulu appeler l'attention, si la longueur de ce travail l'eût permis; c'est la *création de Facultés d'administration*. Cette question est, du reste, familière aux lecteurs de la Revue, et ce recueil a contribué puissamment à préparer la solution de ce grand problème. Le ministre demande si l'on doit consacrer aux études administratives une Faculté spéciale, ou simplement en faire une annexe de l'enseignement du droit. Nous engageons la Commission à lire attentivement le travail publié dans la Revue par M. de Mohl, professeur à la Faculté d'administration de Tubingue [1]; elle y verra comment un homme vieilli dans l'enseignement administratif envisage cette question vitale. Si ces études ne font pas l'objet d'une Faculté distincte; si, comme l'a judicieusement remarqué M. Vivien, dans son beau travail sur les *fonctionnaires*

[1] Octobre 1844, t. XXI de la collection, p. 158 et suiv.

Digitized by Google

publics [1], on ne consacre pas dans l'enseignement, comme dans l'organisation politique, la séparation de la justice et de l'administration, on n'arrivera à aucun résultat. On fera des jurisconsultes qui sauront un peu plus de droit administratif, mais on ne fera pas des administrateurs; car, pour donner une éducation complète aux jeunes gens qui se destinent à nos services publics, il faut et un temps aussi considérable, et de tout autres études que pour faire un licencié. L'économie politique, la statistique, l'histoire politique, la technologie, l'agriculture, la législation des douanes et des finances, sont des sciences qui ne s'apprennent pas avec un professeur de Code civil, quoi qu'en dise la Faculté, qui a établi sur ce point la plus singulière des théories [2].

En finissant, qu'il nous soit permis de rendre justice à M. de Salvandy, dans une question où notre témoignage sera d'autant

[1] *Revue des Deux-Mondes*, 15 septembre 1845.

[2] « La science du droit est une, quoiqu'elle se divise en plusieurs bran« ches, car toutes ses parties se tiennent et reposent sur une base commune, « la distinction du juste et de l'injuste. » (Ceci est plus qu'évident; mais il faudrait prouver que l'administration c'est le droit, et sa science la jurisprudence.)«L'étude du droit civil ou privé, contenant la constitution de la famille, « l'organisation de la propriété et la théorie des obligations, *est une introduc« tion nécessaire au droit public* (il serait plus exact de dire au *droit des « gens*) *qui ne fait qu'appliquer les mêmes principes pour régler les rap« ports des nations entre elles.*» (Bacon disait, au contraire: *At jus privatum latet sub tutela juris publici*, et il nous semble plus que douteux que le droit des gens règle les rapports des nations entre elles par les principes qui régissent la constitution de la famille ou l'organisation de la propriété.) « Comment dès lors approprier à la carrière politique ou administrative un «enseignement complet qui ne comprendrait pas l'étude du droit civil? » La Faculté est tout à fait à côté de la question. Personne n'a prétendu exclure le droit civil des études exigées pour les futurs administrateurs; mais est-ce trois ans de Code civil et un an de droit administratif qui conviennent à ces jeunes gens, ou n'est-ce pas plutôt un an de Code civil et trois ans de droit administratif? Vaut-il mieux qu'ils apprennent les Pandectes ou l'économie politique? Et six mois d'histoire du droit romain ne leur suffiraient-ils pas? Là est tout le problème. Ce qui est le principal dans l'École de droit devient secondaire dans l'École d'administration, et réciproquement. Il faut donc un enseignement distinct, puisque les objets communs même ne doivent point s'enseigner de la même façon.

Digitized by Google

moins suspect que, plus que probablement, nos idées ne sont pas celles du ministre. A une époque où la politique envahit tout, déborde sur tout ; où les ministres n'admettent souvent comme réformes nécessaires que celles qui doivent avoir du retentissement dans les Chambres, il est noble, il est beau de poursuivre avec persévérance des améliorations étrangères à la politique, et qui n'ont pour but que l'intérêt de la science et la solide grandeur de nos institutions. Tous les amis de la science, tous ceux qui ne veulent pas que la France puisse déchoir du haut rang qui lui appartient parmi les nations civilisées, doivent seconder de leurs vœux et de leurs efforts une tentative difficile, mais qui assure à M. de Salvandy, s'il réussit, comme nous n'en doutons pas, des titres sérieux et durables à l'estime et à la reconnaissaance du pays.

ÉDOUARD LABOULAYE.

Digitized by Google

DROIT CRIMINEL.

DES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE L'ACTION PUBLIQUE.

(Deuxième article [1]).

L'Assemblée constituante rechercha longtemps les principes qui devaient régir cette matière, et ce ne fut pas sans hésitation qu'elle les posa.

Elle avait décidé, par un décret du 11 août 1789, que l'ordre judiciaire serait l'objet d'une constitution nouvelle. A la séance du 29 mars 1790, M. Duport exposa sommairement les bases de cette organisation : « Le plan que je viens vous soumettre, disait-il, est fort simple : des jurés tant au civil qu'au criminel, des juges ambulants tenant des assises, des grands-juges dans chaque chef-lieu d'assises, une partie publique et un officier de la couronne, voilà tout ce que ce plan contient [2]. » La discussion renversa quelques-unes de ces propositions : les jurés ne furent adoptés qu'en matière criminelle, et les tribunaux permanents furent maintenus ; mais les juges devaient être élus par le peuple, et cette règle nouvelle souleva naturellement l'examen de l'institution du ministère public.

A la séance du 8 mai 1790, M. de Saint-Fargeau posa la question de savoir si les officiers du ministère public seraient nommés par le roi ou par le peuple. Plusieurs mem-

[1] Voy. notre dernière livraison, p. 182.

[2] *Moniteur* du 31 mars 1790; réimpression du *Moniteur*, par M. Lesourd, t. III, p. 740.

Digitized by Google

bres réclamèrent l'application du principe de l'élection : « Il n'y aurait, disait-on, qu'un seul magistrat à faire nommer par le peuple; il faudrait que ce fût le magistrat chargé des fonctions du ministère public : le nom seul de ministère public l'annonce assez. Le peuple doit nommer le magistrat chargé des intérêts de ceux qui n'ont pas de défenseur, et de s'opposer à ce que l'ordre soit troublé. » M. Chabroud combattit cette proposition : « Le roi, dit-il, est chargé de veiller à l'exécution de la loi ; il ne pourrait remplir cette tâche sans coopérateurs, et il la remplirait mal si les coopérateurs n'étaient pas de son choix. Il ne s'agit pas ici d'une prérogative, mais d'une grande fonction. Je fuirais le lieu où le premier individu aurait le droit de m'accuser au nom du peuple ; ce serait le moyen le plus sûr d'attenter à la liberté individuelle. Le peuple doit déléguer son action ; il ne peut la déléguer qu'au roi. » Cette doctrine réunit l'assentiment général. Un membre proposa, par amendement, que les officiers du ministère public fussent institués à vie et ne pussent être destitués que pour cause de forfaiture jugée. La motion fut décrétée en ces termes : « Les officiers chargés des fonctions du ministère public seront nommés par le roi ; ils ne pourront être membres des assemblées administratives de départements, de districts, non plus que des municipalités. Ils seront constitués à vie et ne pourront être destitués que pour cause de forfaiture jugée [1]. » Ce décret devint l'article 8 du titre II de la loi du 16-24 août 1790.

Cependant le comité de jurisprudence de l'Assemblée n'accepta pas cette décision ; il avait en quelque sorte écrit ses réserves dans les art. 1 et 4 de cette loi, portant, l'un, que les officiers du ministère public sont *agents du pouvoir exé-*

[1] *Moniteur* du 9 mai 1790 ; réimpression, t. IV, p. 313.

Digitized by Google

cutif près les tribunaux ; l'autre, qu'*ils ne sont point accusateurs publics, mais qu'ils sont entendus sur toutes les accusations poursuivies suivant le mode que l'Assemblée constituante se réserve de déterminer.* Il provoqua donc, quelques mois plus tard, un nouvel examen. M. Thouret disait à la séance du 4 août : « L'Assemblée a décrété qu'au peuple appartenait le droit de nommer les juges et que le roi choisirait les officiers du ministère public. Comme l'accusation a toujours fait partie de ce ministère, on pourrait peut-être prétendre que cette attribution lui est réservée ; mais on sait que tous les détails d'une constitution ne se font pas à la fois, et qu'il n'est pas possible de préjuger une question qui mérite un aussi sérieux examen. Vous avez délégué au roi le ministère public, sous la réserve expresse de l'approprier à la constitution. J'examine ce que l'accusation publique est par sa nature ; tous les peuples l'ont rangée parmi les actions populaires. Si l'accusation publique devient la commission d'un officier, cet officier est aussitôt l'homme du peuple, préposé à l'exercice d'un droit national ; il doit être nommé par le peuple. » Cette motion fut combattue ; mais, après une longue discussion, qui remplit les séances des 9 et 10 août 1790, elle fut définitivement adoptée dans les termes suivants : « L'accusation publique ne sera pas confiée aux commissaires du roi ; les comités réunis de constitution et de jurisprudence criminelle sont chargés de présenter les termes de l'accusation publique. »

Ces deux comités, ainsi délégués pour accomplir ce travail, reprirent la matière et rédigèrent un troisième projet, différent des deux premiers, et qui, fondu dans les Codes des 19-22 juillet et 16-29 septembre 1791, passa presque inaperçu, ou du moins sans soulever de nouvelles discussions.

Digitized by Google

Les commissaires du roi, nonobstant le décret du 10 août 1790, conservaient une certaine portion de l'action publique : ils dénonçaient au directeur du jury certains délits ; ils requéraient dans toutes les accusations l'application des peines ; ils étaient chargés de l'exécution des jugements. Mais, à côté de leurs fonctions ainsi limitées, les autres attributions du ministère public se trouvaient divisées entre 1° les juges de paix et les autres officiers de la police de sûreté, qui étaient investis des droits de recherche et de poursuite à l'égard de tous les crimes et délits ; 2° les parties lésées et les autres citoyens qui, soit par leur plainte, soit par la dénonciation civique, avaient le pouvoir de saisir les tribunaux ; 3° enfin, les accusateurs publics nommés par le peuple, et dont les fonctions consistaient à soutenir les accusations admises par les jurés. Ainsi, l'accusation appartenait à la fois, mais avec une mesure différente de pouvoir, aux juges de paix et aux officiers de police qui les suppléaient, aux parties lésées et aux citoyens témoins du crime, aux commissaires du roi et aux accusateurs publics. Les juges de paix en avaient évidemment la plus grande part. Chargés de procéder à l'information écrite qui, dans le droit nouveau comme dans l'ancien droit, formait la base de la procédure, ils réunissaient, comme les anciens juges, la poursuite et l'instruction ; ils agissaient d'office et recueillaient eux-mêmes les éléments de l'information ; ils cumulaient les pouvoirs du ministère public et du juge. Les parties lésées et les citoyens témoins d'un crime avaient deux droits distincts, celui de provoquer une information et celui d'intervenir dans le cours de cette information pour en surveiller la marche et concourir à son succès. Enfin, les commissaires du roi, si ce n'est à l'égard de certains crimes, et les accusateurs publics, n'avaient l'i-

Digitized by Google

initiative d'aucune poursuite ; étrangers à l'information, ils n'intervenaient que lorsque l'accusation était formulée, et leur rôle se bornait à en développer les charges et à provoquer l'application de la loi.

Ce système, il faut le reconnaître, établi en défiance de la royauté et de la magistrature, était trop compliqué pour être efficace ; il multipliait ses ressorts pour ne pas s'abandonner exclusivement à un seul, et, privé d'unité, il était privé d'énergie. Après avoir repris à l'ancienne législation ses poursuites d'office et son enquête ; après avoir placé entre les mains du même juge, comme pour lui imprimer plus de vigueur, le double pouvoir de poursuivre et d'informer, le législateur de 1791, tout à coup infidèle à la tradition, déshérite de la même action les juges supérieurs. Or, la poursuite d'office, qui est un puissant instrument entre les mains d'un corps de magistrature, n'est plus qu'une arme débile quand le juge n'est pas assez élevé pour être indépendant. L'action publique, devenue un droit populaire, décrétée la propriété du peuple, est déléguée en son nom à des officiers qui ne sont investis que d'une autorité insuffisante pour l'exercer. On divise les fonctions, de crainte que, trop actives, elles n'oppriment la liberté, et elles deviennent impuissantes à protéger l'ordre. La poursuite, sortie des mains du juge de paix, passe successivement dans celles du directeur du jury, de l'accusateur public et du commissaire du roi ; mais les attributions de chacun de ces magistrats, limitées et restreintes, s'entravent les unes les autres, et l'accusation devient plus faible à mesure que ses agents sont plus multipliés.

Ces institutions n'eurent pas une longue durée. La Convention nationale, par un décret du 20 octobre 1792, déclara que les commissaires nationaux près les tribunaux

Digitized by Google

criminels étaient supprimés, et que les fonctions qu'ils exerçaient étaient attribuées aux accusateurs publics.

Ce ne fut là qu'un premier acte. L'institution du tribunal révolutionnaire transporta bientôt l'action publique, au moins en matière politique, entre les mains de la Convention elle-même. Le décret du 10 mars 1793 établissait un comité de six membres auquel toutes les dénonciations étaient renvoyées; l'accusateur public n'était que son agent. Le décret du 7 frimaire an II étendit même à tous les tribunaux criminels, à l'égard d'une catégorie de crimes, les formes expéditives du tribunal révolutionnaire. La procédure était portée directement devant le jury, sans instruction préalable, sans renvoi du jury d'accusation ; l'accusateur public décernait les mandats d'arrêt et dressait les actes d'accusation. On ne doit pas insister sur ces dispositions qui ne furent que la conséquence passagère des événements politiques.

La réaction ne tarda pas à se manifester. La suppression des commissaires nationaux près les tribunaux criminels avait été fondée sur les entraves que ces officiers apportaient à l'expédition des affaires. Le gouvernement directorial y vit la suppression d'une garantie, et les rétablit. La constitution du 5 fructidor an III divisa donc de nouveau les fonctions du ministère public entre l'accusateur public et le commissaire du roi. Le Code du 3 brumaire an IV consacra le même système, et ne fit que le développer ; mais l'expérience ne tarda pas à l'ébranler.

En premier lieu , la tentative faite par le décret du 20 octobre 1792, pour réunir dans les mains d'un même officier les fonctions séparées du ministère public, se réalisa quelques années après, mais dans un sens opposé ; ce décret avait supprimé le commissaire du pouvoir exécutif;

Digitized by Google

l'article 63 de la loi du 22 frimaire an VIII supprima l'accusateur public : « La fonction d'accusateur public près le tribunal criminel, porte cet article, est remplie par le commissaire du gouvernement. » Et la loi du 27 ventôse an VIII confirma cette fusion des deux fonctions. On retrouve dans cette disposition une première trace de la réaction qu'opérait à cette époque le gouvernement consulaire au profit du pouvoir central : l'accusateur public, élu par le peuple, était supprimé, et le droit de soutenir les accusations, attribué à l'agent du pouvoir exécutif.

Ce fut là un premier pas dans une voie nouvelle. Le gouvernement ne réclamait pas encore pour ses agents le droit de poursuite; ce droit demeurait encore, au moins pour la part principale, aux mains des juges de paix, élus par le peuple ; mais il acquérait la nomination des juges criminels et conservait celle des commissaires du pouvoir exécutif, nonobstant la nouvelle extension de leurs fonctions [1]; il exerçait, par l'intermédiaire de ces derniers agents, une véritable surveillance sur les officiers de police judiciaire; enfin, il leur déléguait lui-même un droit qui, depuis 1791, avait été directement délégué par le peuple, le droit de porter et de soutenir les accusations devant le jury.

La loi du 7 pluviôse an IX fut un acte, en quelque sorte violent, dans cette voie nouvelle; car elle dépassa les limites que le gouvernement devait se proposer. L'exposé des motifs commence par déclarer qu'il ne s'agit que de régulariser l'édifice élevé sur les bases posées par l'Assemblée constituante, mais le législateur attaque aussitôt ces bases elles-mêmes. Après avoir constaté les vices de la loi du 3 brumaire an IV, il pose nettement l'idée principale du

[1] Art. 41 de la loi du 22 frimaire an VIII.

Digitized by Google

projet : « Cette idée, disait l'orateur du gouvernement, est de distinguer la poursuite d'avec le jugement, de confier tout ce qui tient à l'une à l'un des agents du gouvernement, et tout ce qui tient à l'autre à des hommes qui en soient indépendants. Nous croyons cette distinction fondée sur la nature des choses et les principes les plus purs de la liberté. Le gouvernement, étant spécialement chargé de veiller au maintien de l'ordre public, doit être investi de tout le pouvoir nécessaire pour rechercher et faire punir les délits qui le troublent. C'est donc à des agents choisis par lui et soumis uniquement à son impulsion que l'exercice de ce pouvoir doit être confié. Mais là doit s'arrêter l'action du gouvernement. Tout ce qui est décision, soit en question de fait, soit en question de droit, doit être placé hors de son influence, et laissé à des hommes que l'on puisse regarder comme indépendants. Cette distinction n'existe pas ou plutôt elle est très-incomplète dans le système actuel. En effet, la poursuite des délits y est confiée aux juges de paix et aux directeurs du jury, qui sont également indépendants du gouvernement. Mais le défaut le plus sensible de ce système, c'est qu'au premier comme au deuxième degré de l'instruction, le même homme est tout à la fois chargé de poursuivre et de décider, de présenter les preuves et de les constater; c'est qu'en un mot il réunit deux caractères que toute bonne législation a regardés comme incompatibles dans la même personne, celui de partie et celui de juge. Le projet remédie à ce défaut essentiel. »

Deux nouvelles règles ressortent de cet exposé. Le législateur pose d'abord en principe que le droit de poursuite et le droit d'accusation doivent être placés entre les mains du pouvoir exécutif, et par conséquent qu'il appartient à ce pouvoir de les déléguer à ses agents. C'est le renversement

Digitized by Google

de la doctrine proclamée par l'Assemblée constituante : la délégation, au lieu d'émaner du peuple, émane du gouvernement. L'action publique ne cesse pas sans doute de prendre sa source dans l'intérêt général, dans le droit populaire; mais elle est placée dans les mains du pouvoir exécutif, comme l'une des branches de l'administration publique. Peut-être l'exposé des motifs eût-il dû développer le nouveau principe que le projet apportait; peut-être eût-il dû indiquer du moins qu'il ne faisait que reprendre à notre ancien droit la constitution et l'unité du ministère public; il se borne à déclarer que ces nouvelles dispositions ne sont qu'une conséquence de l'obligation imposée au gouvernement de veiller au maintien de l'ordre public.

L'exposé des motifs s'appuie, en second lieu, sur l'inconvénient qui résultait pour la justice de la réunion dans les mêmes mains du droit de poursuite et du droit de procéder à l'information. C'est là, suivant le législateur, le principal motif qui fait retirer aux juges de paix la poursuite de l'instruction. Ce motif est-il sincère? Il est évident du moins qu'il est insuffisant, car il ne prouve qu'une chose, c'est qu'il était nécessaire de diviser les deux fonctions; il ne prouve pas qu'il fallait les enlever l'une et l'autre aux juges de paix; il n'attaque que leur réunion; il suppose donc que le projet laisse la poursuite ou l'instruction à ces magistrats. M. Thiessé, rapporteur de la commission du Corps Législatif, exprimait la véritable pensée de la loi lorsqu'il disait : « Les juges de paix ont, jusqu'à présent, réuni dans leurs attributions trois opérations distinctes, savoir : la recherche, la poursuite et l'instruction. Soit que la sévérité des fonctions criminelles ne s'allie pas naturellement au ministère pacificateur dont ils sont principalement chargés, soit que leur isolement au milieu d'un petit canton ne leur

Digitized by Google

permette pas de suivre au delà de ce canton les ramifications qui leur échappent, soit enfin qu'indépendants du gouvernement et sans direction commune, ils ne recherchent ou dissimulent les délits que sous l'influence des passions qui depuis dix années nous agitent, toujours est-il vrai de dire qu'on ne trouve maintenant dans la police de sûreté, ni cet ensemble de mouvement, ni cette unité d'action, sans lesquels on espérerait vainement le retour du calme et de la tranquillité. » Le but de la loi était donc de supprimer cette première juridiction du juge de paix, à raison de son impuissance plutôt qu'à raison de la violation du principe qui veut la division du droit de poursuite et du droit d'instruction, à raison de son indépendance de l'action gouvernementale plutôt qu'à raison des influences passionnées auxquelles elle pouvait obéir. La seule pensée du législateur était de placer l'action publique entre les mains du gouvernement pour lui imprimer une impulsion plus puissante. M. Thiessé énonce, dans son rapport, quelques réserves en faveur du droit des juges de poursuivre d'office, et du droit des parties de concourir à la poursuite. « Quoiqu'il soit vrai, dit-il, que le gouvernement, spécialement chargé de veiller au maintien de l'ordre public, doit être investi de tout le pouvoir nécessaire pour rechercher et faire punir les délits qui le troublent, il est vrai aussi qu'il faut donner à ses agents des concurrents pour ne pas exposer quelquefois la plainte à être repoussée. Le droit de précaution, dans nos anciennes lois, la poursuite d'office, quand la partie publique n'agissait pas, étaient des priviléges qui avaient pour objet de suppléer le silence ou la dissimulation des officiers spécialement chargés de la vindicte publique. » Mais l'orateur croit que cet antique pouvoir est suffisamment représenté

Digitized by Google

par le droit laissé aux juges de paix, concurremment avec les autres officiers de police judiciaire, de recevoir les dénonciations et les plaintes et de les transmettre aux magistrats de sûreté. Quant aux parties, il lui paraît suffisant qu'elles conservent le droit de concourir à l'acte d'accusation : « L'article 20 du projet, porte le rapport, donne la rédaction de l'acte d'accusation aux substituts; cet acte est, par sa nature, dans les attributions de la partie qui poursuit. Votre commission, en reconnaissant ce principe, a pensé que cet article, qui substituait l'agent du gouvernement au directeur du jury dans la rédaction de cet acte, mettait un homme public à la place d'un autre homme public pour la validité commune, mais que cette disposition n'apportait aucun changement au droit naturel qui appartient à tout homme de poursuivre personnellement la réparation du tort qui lui a été fait. La loi de 1791 et celle du 3 brumaire an IV permettent aux parties plaignantes de rédiger à part leur acte d'accusation, quand elles ne s'accordent pas avec la partie publique ; mais c'est surtout en matière de faux, de banqueroute frauduleuse, de vols de commis ou d'associés, que l'exercice de ce droit ne peut sans péril passer en des mains étrangères. Ainsi le projet n'ayant à cet égard aucunes dispositions prohibitives, le droit naturel et positif, consacré jusqu'à présent par nos lois, demeure dans toute sa force. »

Le système de la loi du 7 pluviôse an IX était fort simple. Le commissaire du gouvernement, faisant les fonctions d'accusateur public près le tribunal criminel, était dans chaque département le chef de la poursuite et de l'accusation ; mais il avait, près de chaque tribunal d'arrondissement, un substitut, qui fut appelé magistrat de sûreté, et qui était chargé de rechercher et de poursuivre

Digitized by Google

tous les délits qui pouvaient se commettre dans l'arrondissement. Les substituts, placés sous la direction de l'accusateur public, nommés et révocables par le gouvernement dont ils étaient les agents, avaient le droit de recherche et le droit de poursuite. Quant à l'instruction, elle était placée dans les attributions du directeur du jury. Mais cette distinction entre la recherche, la poursuite et l'instruction, était-elle fidèlement appliquée pour la loi? Le substitut du commissaire du gouvernement, dans chaque arrondissement, n'exerçait-il que le droit de recherche et de poursuite? Ce magistrat était réellement subrogé au juge de paix pour le complément des premières opérations judiciaires. L'art. 7 de la loi lui conférait en outre le pouvoir de décerner contre le prévenu un mandat de dépôt. Or, il est évident que ce sont là des actes d'instruction et non pas seulement des actes de poursuite : la poursuite provoque l'information, mais ne l'accomplit pas; elle requiert le juge d'y procéder, mais elle attend son intervention. Or, l'audition des témoins, l'interrogatoire du prévenu et son arrestation, n'est-ce pas l'information tout entière? Le magistrat de sûreté cumulait donc la double fonction de magistrat instructeur, chargé de procéder à la première information, et de partie publique, chargée de prendre des réquisitions auprès du directeur du jury; il réunissait les attributions du juge et celles du ministère public. Ainsi, la loi qui abolissait la juridiction du juge de paix, parce qu'elle renfermait deux fonctions incompatibles, replaçait ces deux fonctions dans les mains du magistrat de sûreté; la seule différence était que celui-ci, au lieu d'être nommé par le peuple, était un agent du gouvernement. C'est à ces termes que se résume le système de la loi du 7 pluviôse an IX en ce qui concerne l'action publique.

Digitized by Google

Telle était la législation, telles étaient les règles qui dominaient l'action publique, lorsque les travaux préparatoires du Code d'instruction criminelle furent entrepris. Les rédacteurs du projet, soit que leurs regards se portassent sur cette législation, soit sur les lois antérieures, se trouvaient, comme nous l'avons vu, en présence des trois principes qui, avec plus ou moins d'étendue, ensemble ou séparément, ont constamment régi cette matière : le principe de la poursuite par un ministère public, chargé d'assurer la répression des crimes ; le principe de la poursuite d'office par les juges ; enfin le principe de la poursuite par les parties lésées.

Ces trois principes ont été recueillis dans le Code, et forment encore la triple base de notre action publique. Nous ne pouvons reproduire ici les longues discussions qui les ont élaborés, ni même les textes de la législation qui en sont les conséquences directes ; il suffira d'en présenter une rapide analyse.

En premier lieu, il résulte de ces discussions et de ces textes, en ce qui concerne le ministère public :

1° Que l'institution du ministère public, sauf quelques modifications principalement relatives à la police judiciaire, est rétablie sur les mêmes fondements que dans notre ancien droit : le législateur s'est écarté à la fois, d'une part, des lois de 1791 et de l'an IV, de l'autre, de la loi du 7 pluviôse an IX ; il a rejeté les distinctions et les limites de celles-là, l'extension du pouvoir de l'autre ; il a réédifié l'ancienne partie publique avec son droit de poursuite d'office, *ex officio suo*, et son droit de réquisition dans le cours du procès et pour l'application des peines [1] ;

[1] L. 20 avril 1810, art. 45 ; Cod. instr. crim., art. 1, 22, 61, 271, etc.

Digitized by Google

2° Que les officiers qui sont chargés de cette fonction publique l'exercent par une délégation du pouvoir exécutif; l'exposé de motifs de la loi du 7 pluviôse an IX avait posé ce principe qui réagissait contre la législation antérieure, et la discussion du Conseil d'État prouve que le législateur a voulu le maintenir; ces officiers, d'ailleurs, nommés et révocables par le gouvernement, agissent en son nom, exécutent ses ordres et sont placés sous sa surveillance [1]; c'est donc du gouvernement, auquel elle est déléguée, qu'émane leur puissance; ils sont ses agents immédiats dans l'ordre judiciaire [2];

3° Que les fonctions du ministère public renferment une double attribution : la police judiciaire et l'action publique. Le ministère public, comme investi de l'exercice de la police judiciaire, est chargé de la recherche des faits punissables [3]; il est chargé, en outre, par une attribution extraordinaire et exceptionnelle, de procéder sommairement à des actes d'instruction, dans les cas de flagrant délit [4]; comme partie publique, il représente l'intérêt public, il poursuit la cause de l'ordre social devant les tribunaux; il requiert, au nom de la société, dont le pouvoir exécutif n'est que le délégué, l'instruction des affaires criminelles; il demande la punition des délinquants; il prend ses conclusions pour l'application des peines [5]; il surveille l'exécution des jugements [6].

Tels sont, en thèse générale, les termes dans lesquels

[1] L. 20 avril 1810 et l'exposé de cette loi; Cod. instr. crim., art. 57, 271 et 274.

[2] Voy. l'exposé des motifs et le rapport de la loi du 20 avril 1810.

[3] Cod. instr. crim., art. 22 et suiv.

[4] Cod. instr. crim., art. 32 et suiv.

[5] Cod. instr. crim., art. 61, 94, 114, 127, 153, etc.

[6] Cod. instr. crim., art. 165, 197, 376, etc.

Digitized by Google

s'exerce, dans notre législation criminelle, l'action du ministère public. Nous ne posons ici que le principe.

Le deuxième principe de l'action publique, la poursuite d'office des juges, se trouve également consacré. Le projet du Code ne contenait sur ce point aucune disposition. Ses rédacteurs avaient rejeté ce principe, dont nous avons suivi la longue application, pour placer l'action publique tout entière dans les mains des magistrats de sûreté. Dans leur système, les juges ne pouvaient, dans aucun cas, se saisir eux-mêmes.

Ce fut Napoléon qui revint le premier à cette ancienne règle. A la séance du 1er brumaire an XIII (23 octobre 1804), il agitait la question, encore indécise, de la réunion des deux justices civile et criminelle, et l'un de ses arguments en faveur de cette réunion fut celui-ci : « La réunion de la justice criminelle à la justice civile ne doit pas seulement avoir pour objet d'établir des corps dont la dignité impose davantage au public, aux accusés, aux défenseurs. Sa Majesté, en adoptant cette opinion, s'est surtout décidée par le désir de donner plus d'intensité à la justice criminelle. Dans l'état actuel des choses, la poursuite des crimes est confiée à un magistrat de sûreté, à un juge instructeur, à un procureur-général, fonctionnaires isolés, qui ne trouvent pas en eux assez de force pour attaquer les coupables puissants. Le tribunal ne peut les mettre en mouvement ni ranimer leur énergie, car il est sans pouvoir sous ce rapport, et le président le plus fervent dans ses fonctions verrait commettre un délit qu'il serait réduit à en être le témoin passif. Il faut, si le ministère public néglige ses devoirs, que la Cour criminelle puisse le mander et lui ordonner de poursuivre... Voilà le rapport sous lequel la réunion de la justice civile et de la justice criminelle devient nécessaire. Il s'agit de former

Digitized by Google

de grands corps, forts de la considération que donne la science civile, forts de leur nombre, au-dessus des craintes et des considérations particulières, qui fassent pâlir les coupables quels qu'ils soient, et qui communiquent leur énergie au ministère public; il s'agit enfin d'organiser la poursuite des crimes[1]. »

Ce fut en ces termes que l'idée d'un pouvoir judiciaire parallèle et même supérieur au pouvoir du ministère public se trouva pour la première fois formulée. Cette idée fut définitivement formulée dans l'art. 11 de la loi du 20 avril 1810 et dans l'art. 235 du Code d'instruction criminelle. Ces deux articles donnent à la Cour royale, dans une double et différente attribution, 1° un droit de surveillance sur l'exercice de l'action publique; 2° le droit, non d'exercer directement elle-même cette action, mais de provoquer cet exercice dans les mains du ministère public. C'est le rétablissement, avec d'autres conditions, de l'ancien pouvoir judiciaire: les juges peuvent ordonner des poursuites et se saisir eux-mêmes. Les officiers du ministère public, quoiqu'ils exercent seuls l'action publique, n'en sont donc pas les maîtres; ils doivent subir l'impulsion des corps judiciaires à qui le dépôt en a été confié.

Enfin, le troisième principe de l'action publique, le droit des parties de la provoquer et de la mettre en mouvement, n'est pas reconnu avec moins de fermeté par le législateur. M. Cambacérès disait, à la séance du Conseil d'Etat du 11 juin 1808: « La plainte ne peut pas être confondue avec la dénonciation. On doit sans doute laisser le procureur impérial libre de poursuivre ou de ne pas poursuivre un délit qui lui est dénoncé par un homme qui, n'en étant pas

[1] Locré, t. XXIV, p. 418.

Digitized by Google

blessé, n'a pas le droit d'en demander la réparation ; mais lorsqu'un offensé se plaint, lorsqu'il se porte partie civile, il ne faut pas que le procureur impérial puisse le paralyser par un refus de poursuivre. La justice veut que, dans ce cas, on permette à la partie plaignante de recourir au juge instructeur [1]. »

Le Code, se référant à cet égard aux lois antérieures, a distingué la matière correctionnelle et la matière criminelle. En matière correctionnelle, la partie exerce en quelque sorte l'action publique, ou du moins elle la met nécessairement en mouvement, car elle saisit les juges par sa citation directe [2]. Ceux-ci peuvent dès lors prononcer une peine, lors même que le ministère public ne l'aurait pas requise. Le projet avait proposé de soumettre la citation au visa du magistrat de sûreté; le conseil rejeta cette formalité, qui eût entravé l'action privée [3].

En matière criminelle, la partie lésée n'a que le droit de plainte [4]; mais, en se constituant partie civile, elle devient partie nécessaire au procès, et son intervention exerce une grave influence sur le sort de l'accusation. La loi, en effet, lui assure, pour la poursuite de son action, diverses prérogatives qui se reflètent sur l'action publique elle-même. Elle a le droit de former opposition à l'ordonnance de la chambre du conseil qui prononce l'élargissement du prévenu [5]; elle fournit ses mémoires à la chambre d'accusation [6]; elle produit aux débats ses témoins [7]; elle prend part à l'in-

[1] Locré, t. XXIV, p. 147.
[2] Cod. instr. crim., art. 182.
[3] Locré, t. XXIV, p. 213,
[4] Cod. instr. crim., art. 63
[5] Art. 135.
[6] Art. 217.
[7] Art. 315.

Digitized by Google

terrogatoire de l'accusé et des témoins, à la discussion des charges et des expertises [1]; elle peut requérir soit l'arrestation des personnes dont la déposition lui paraît fausse, soit le renvoi de l'affaire à une autre session [2]; enfin, la parole lui est donnée pour soutenir les moyens de l'accusation, et la réplique pour combattre la défense [3]. Il est clair qu'avec de telles attributions, elle devient un puissant auxiliaire de l'accusation, et influe incontestablement sur le jugement. Ses conclusions, sans doute, ne tendent qu'à la réparation pécuniaire; mais cette réparation n'étant que la conséquence du crime, elle concourt évidemment, et par les preuves qu'elle apporte et par sa discussion, à l'application même de la peine.

Tels sont, en résumé, dans les textes mêmes de notre législation, les trois principes qui servent de base à l'action publique, et que la loi a placés en quelque sorte en avant pour en diriger l'exercice. C'est en s'appuyant sur cette triple base que l'action se met en mouvement et poursuit sa marche. Trois intérêts s'attachent à ses actes : l'intérêt social de la punition, l'intérêt moral de la justice, l'intérêt privé. Les corps judiciaires et les parties lésées en provoquent l'exercice, mais ne l'exercent pas; le ministère public seul réunit ces deux attributions : il la met en mouvement et l'exerce. Ce droit d'exercer l'action publique est son privilége exclusif : tantôt il obéit à une injonction, tantôt il obtempère à une requête, tantôt enfin il agit de son propre mouvement; mais seul, dans tous les cas, il requiert la peine, il dirige l'action. Ses réquisitions n'enchaînent pas les juges, mais elles leur ouvrent la voie dans la-

[1] Art. 319.
[2] Art. 330 et 331.
[3] Art. 335.

Digitized by Google

quelle ils peuvent se mouvoir ; elles ne commandent pas le jugement, mais elles constituent l'action sur laquelle le jugement statue.

Telle est, sur les éléments de l'action publique, sur ses caractères et le mode de son exercice, la théorie de notre Code. Nous voulons maintenant examiner si cette théorie, qui résume en grande partie les principes de notre ancienne jurisprudence, est en harmonie, soit avec les règles générales du droit, soit avec les principes philosophiques de la matière.

Toutes les législations dont nous venons successivement d'exposer les formes pour arriver à découvrir les véritables caractères de l'action publique, se résument dans quelques principes qui sont devenus inhérents à la matière même et qui en constituent la véritable théorie. Reprenons brièvement ces principes.

Au premier âge de toutes les sociétés, dans la Grèce, à Rome, dans les coutumes germaniques, l'action publique se confond avec l'action de la partie lésée ; ces deux actions n'en forment qu'une, que cette partie exerce et dirige à son gré. L'idée abstraite d'un intérêt général, supérieur à l'intérêt privé, est la conquête d'un autre âge. Le premier principe, la règle la plus ancienne de la matière, est le droit de poursuite aux mains des personnes offensées.

Dans la loi attique et dans la loi romaine, ce principe domine encore, lors même qu'à côté de l'intérêt privé l'intérêt général a trouvé, en se développant, des organes publics. Aux parties lésées et à leurs familles appartient principalement le droit de poursuivre la vengeance des crimes : ce droit est général, absolu, presque sacré, et n'admet point d'exception. Ce n'est que secondairement, à l'égard des crimes les plus graves seulement, pour appuyer ou suppléer

Digitized by Google

l'action privée, que ces deux législations appellent le concours des citoyens qui réunissent certaines conditions d'aptitude. Mais ce concours est un élément nouveau qui représente, à côté de l'intérêt privé, jusqu'alors maître de l'action, l'intérêt général de la cité; c'est un ministère public que la loi dépose entre les mains de chacun des membres de la société; c'est un principe d'ordre et de justice qui ne se produit d'abord que disséminé dans les mains de tous, et qui deviendra plus puissant quand il sera placé dans les mains d'un seul magistrat. Enfin, on aperçoit un troisième élément né de la pratique des affaires et s'élevant avec lenteur à la hauteur d'un principe, c'est l'intervention de l'autorité publique dans la poursuite des crimes, l'initiative du juge à côté de l'action des citoyens. A Athènes, les magistrats ne poursuivent pas, mais ils provoquent les poursuites, ils interviennent pour faire désigner un accusateur. A Rome, ils accusaient eux-mêmes, vers le quatrième siècle de notre ère, ou plutôt ils poursuivaient d'office et sans accusation. Ainsi se produisent déjà les trois principes de l'action publique, la poursuite par les parties lésées, la poursuite publique par les citoyens, la poursuite par les magistrats. L'accusation appartient à la fois aux parties, aux membres de la cité, au pouvoir public.

Dans les lois germaniques, l'action des parties offensées est la seule action, car son but n'est qu'une vengeance assouvie ou rachetée. Et toutefois, à cette époque même, on voit l'intérêt général poindre, tantôt dans l'établissement du *fredum* et du *bannum*, tantôt dans les poursuites intentées d'office par les chefs des justices dans quelques cas de flagrant délit. Au douzième siècle, cette intervention directe du juge est devenue un droit formellement reconnu : non-seulement il agit de son propre mouvement, mais les cas où

Digitized by Google

son action s'exerce se sont étendus. Au quatorzième siècle, l'action publique passe dans les mains d'un magistrat spécial : le ministère public naît et se développe promptement; il s'empare des fonctions que les citoyens exerçaient dans les républiques anciennes; c'est le même principe : le mode de son exercice seul est une conquête du droit. Voilà donc encore, dans cette nouvelle législation, nos trois règles : l'action privée, l'action du juge, l'action d'un ministère public.

L'action privée abdique peu à peu ses principaux priviléges par la substitution de la forme inquisitoriale à la forme accusatoire, par le remplacement de l'accusation par la dénonciation et la plainte. L'action du juge, qui, dans le seizième siècle, avait acquis une grande puissance et avait presque absorbé l'action publique, se circonscrit, au contraire, et prend quelques limites au dix-septième, lorsque le pouvoir royal cherche à centraliser en lui-même tous les pouvoirs. L'action du ministère public, enfin, qui d'abord n'agissait que comme jointe à l'action privée, et se bornait à des conclusions prises dans les poursuites d'office, devient l'action principale et prend l'initiative des poursuites. Ces trois principes, avec des limites confuses, avec une autorité variable, continuent de vivre ainsi l'un à côté de l'autre dans la législation, associés, avec une puissance différente, pour l'accomplissement d'une œuvre commune.

Lorsque cette matière est portée devant l'Assemblée constituante, une grande hésitation s'empare des esprits. Elle commence par déclarer que le droit d'accusation, qu'elle reconnaît l'un des attributs de la souveraineté nationale, doit être délégué au pouvoir exécutif pour être exercé en son nom; elle revient ensuite sur cette décision, et, brisant la fonction du ministère public en deux parts, elle attribue l'une à un agent nommé par le peuple, l'autre à un agent

Digitized by Google

nommé par le roi. En même temps, et à côté de ces deux fonctions, elle place des juges de paix, avec la mission de poursuivre et d'instruire, et elle reconnaît aux parties lésées et aux citoyens témoins d'un crime le droit de provoquer les poursuites et de concourir à l'instruction. Ainsi, l'action du juge se retrouve ici dans le concours des juges de paix; l'action du ministère public, dans la triple fonction de l'accusateur public, du commissaire du roi et des citoyens témoins d'un crime; l'action privée, dans l'association des parties lésées à la procédure. N'est-il pas étrange que cette législation de 1791, qui réagissait avec tant de force contre les législations antérieures, leur reprenne ces trois règles pour les amalgamer dans son nouveau système? N'est-ce pas la preuve la plus forte que ces règles sont inhérentes à la matière même?

La législation intermédiaire présente deux phases : la loi du 3 brumaire an IV adopte et continue le système de l'Assemblée constituante, en étendant seulement aux directeurs du jury une partie de l'initiative réservée aux juges de paix. La loi du 7 pluviôse an IX, loi d'exception, née à l'époque où s'organisaient les tribunaux spéciaux, réagit à son tour contre les lois de 1791, et cumule, pour donner plus d'énergie à l'action judiciaire, la double fonction de juge d'instruction et d'officier du ministère public dans les mains des magistrats de sûreté. La poursuite du juge se trouve momentanément restreinte à l'action alors secondaire des juges de paix et des directeurs du jury.

Toutes ces législations se résument donc dans les trois règles fondamentales que nous avons sans cesse retrouvées dans leurs dispositions :

Le droit des parties, lésées par un fait punissable, d'en provoquer la répression;

Digitized by Google

Le droit de l'État, comme représentant de la cité, de poursuivre devant les tribunaux les faits qui en troublent l'ordre;

Le droit de la justice de s'associer au fait même de cette poursuite, soit pour la surveiller, soit pour en provoquer les actes.

Or, il est évident que ces deux dernières règles, bien qu'elles diffèrent par le mode de leur exercice, se confondent par une commune origine et dans un but commun. L'action du ministère public et l'action du juge sont deux éléments distincts dans leur application, mais qui dérivent du même principe et qui marchent vers le même résultat. Le législateur a multiplié les instruments pour accomplir plus sûrement ses desseins. Il a voulu que les corps judiciaires fussent investis à un certain degré des mêmes fonctions que les agents du pouvoir exécutif, pour être plus certain que ces fonctions seraient remplies. Il a voulu peut-être, en outre, qu'un pouvoir indépendant pût surveiller, dans l'intérêt de la justice, supérieur à tous les intérêts, l'exercice de l'action qu'il déléguait. Mais ces deux autorités, en définitive, ne représentent point un intérêt distinct; elles agissent l'une et l'autre au nom de l'État; elles exercent ou provoquent la même action, l'action publique.

Ainsi se sont formées les deux actions qui sont le fondement de toute poursuite criminelle, l'action civile et l'action publique; l'une exercée par les parties lésées, dans un intérêt privé; l'autre exercée, soit par les citoyens, soit par les officiers du ministère public ou les juges, dans un intérêt public. Tel est le principe que les législations antérieures nous ont transmis, et que notre Code n'a fait que recueillir comme un précieux héritage.

Il faut rechercher maintenant quelle est la base scienti-

Digitized by Google

fique de ces deux actions, et tracer la ligne qui les sépare.

Toute infraction à la loi jette une perturbation plus ou moins grave dans la cité. Elle trouble l'ordre général ; elle produit en outre et dans certains cas un préjudice individuel. L'intérêt commun de la cité exige que ce trouble cesse et ne se reproduise pas. L'intérêt privé sollicite la réparation du dommage. Ce sont là évidemment les conditions de toute société; car il n'y a point de société là où il n'y a point d'ordre, là où le droit ne trouve pas de protection.

De là la nécessité d'une double réparation que la justice a la mission d'infliger au nom de la société : la réparation sociale, c'est-à-dire l'application d'une peine, la punition de l'infraction ; la réparation privée, c'est-à-dire le payement du dommage causé par le fait. Il est possible que la peine soit une incomplète expiation, que l'indemnité soit un dédommagement illusoire; mais ce sont les seuls moyens dont la justice humaine puisse disposer. Elle ne fait point revivre ce que le crime a détruit; elle n'efface point le mal et ne le répare qu'imparfaitement : elle ne peut que punir dans une certaine mesure et indemniser.

La peine et l'indemnité pécuniaire, voilà donc les deux formes de la réparation, le but distinct des deux actions. L'action publique poursuit, au nom de la société et dans un intérêt général supérieur à l'intérêt privé, l'application du châtiment ; l'action civile poursuit, au nom de la partie lésée et dans l'intérêt de cette partie, l'estimation de la lésion qu'elle a éprouvée.

Ces deux actions se confondent dans une source commune ; mais elles se séparent aussitôt; elles diffèrent par leur nature même et par le but distinct qu'elles poursuivent.

Elles sortent l'une et l'autre d'un même fait: c'est la même infraction qui les produit. Elles tendent à un résultat com-

Digitized by Google

mun : la réparation générale du mal causé par l'infraction, réparation qu'elles complètent par leur concours. Enfin, pour obtenir ce résultat, elles suivent la même voie, elles se servent mutuellement d'auxiliaires, elles sont portées devant les mêmes juridictions. Mais, quelque étroits que soient encore les liens qui les unissent, elles marchent désormais l'une auprès de l'autre sur une ligne parallèle, sans se froisser et en général sans se confondre.

Elles sont séparées, en premier lieu, par leur nature même ; elles représentent en effet l'une et l'autre, quoique sorties d'un même fait, un principe différent. Nous avons vu que l'infraction produisait, en général, un double résultat, qu'elle blessait à la fois l'intérêt social et l'intérêt privé. L'action publique et l'action civile, nées de ces deux lésions, participent nécessairement du caractère de chacune d'elles. La première, formée dans un intérêt général, est l'action de la société entière; la seconde, formée dans un intérêt individuel, est l'action de la partie lésée seulement. Les conséquences de cette distinction vont faire ressortir le caractère de l'une et de l'autre.

L'action publique appartient à la société, et elle est exercée en son nom. Mais comment doit-elle être exercée? Est-ce la nation qui doit la déléguer immédiatement aux agents chargés de la mettre en mouvement? Doit-elle être considérée, au contraire, comme l'un des attributs du pouvoir exécutif? Constitue-t-elle un droit essentiellement populaire, ou seulement l'une des branches de l'administration publique?

Nous avons vu les solutions contradictoires que cette question reçut dans la délibération de l'Assemblée constituante. La loi du 16-24 août 1790 déclare d'abord que l'action publique sera déléguée au pouvoir exécutif et exercée

Digitized by Google

par les agents de ce pouvoir. Le décret du 10 août 1791 décide, en deuxième lieu, que l'action publique, essentiellement populaire, ne sera exercée que par des agents directement élus par le peuple et tenant du peuple seul leurs fonctions. Enfin, la loi du 16–28 septembre 1791, passant entre ces deux principes et les froissant l'un et l'autre sans les concilier, divise l'action publique et en attribue une part à l'agent du peuple, une part à l'agent du roi, enfin une troisième part au juge de paix. Aucun de ces trois systèmes ne formulait avec une complète exactitude les vrais principes de la matière.

L'action publique appartient à la société; car c'est dans l'intérêt commun de tous ses membres qu'elle est exercée; car elle tend à les défendre, à les protéger, à resserrer le lien qui les unit, à repousser les actes qui y porteraient atteinte; car elle a pour mission de faire régner le droit, qui est le fondement de la vie sociale, et de maintenir les lois, qui sont le patrimoine de tous les citoyens.

Mais la société, être collectif et abstrait, soit qu'on l'appelle nation ou cité, ne peut l'exercer elle-même. Il faut nécessairement qu'elle en délègue l'exercice, soit à des citoyens qu'elle investit, comme dans les républiques anciennes, d'une fonction temporaire, soit à des agents spéciaux qu'elle charge, comme dans nos institutions modernes, d'une fonction permanente. Cette délégation est directe ou indirecte. Elle est directe, quand la société élit et surveille elle-même les citoyens auxquels elle confie ce ministère; elle est indirecte, quand elle laisse au nombre des attributions du pouvoir exécutif le soin de nommer ces agents et de diriger leurs actes.

La délégation directe soulève de graves difficultés. Les membres du ministère public, élus dans chaque cité par la

Digitized by Google

cité elle-même, sont nécessairement privés et d'indépendance et d'unité. Liés aux citoyens qui les ont élus, comment peuvent-ils secouer le poids de cette chaîne? Issus du vote de la foule, où puiseront-ils l'autorité qui doit la contenir? Comment exerceront-ils avec impartialité leur rigoureuse mission quand, en sévissant contre leurs justiciables, ils compromettront leur prochaine élection? Attachés à chaque localité par le lien de cette élection, ils n'en prendront point d'autre; isolés du pouvoir central, ils n'en accepteront qu'avec peine une domination incertaine; ils ne subiront aucune direction absolue, aucune règle inflexible. Or, la grandeur du ministère public est tout entière dans la puissante unité de ses règles, dans l'impulsion suprême qui surveille ses actes, dans la hiérarchie qui, d'une simple fonction, a fait une merveilleuse institution. Que si l'on ôte au ministère public cette direction centrale, si son indépendance et son impartialité sont suspectées, la liberté individuelle et la sûreté publique sont à la fois menacées; car il ne resterait plus qu'un magistrat impuissant et passionné, qui n'aurait d'autorité que pour s'immiscer dans les intérêts privés, et qui n'en aurait plus pour sauvegarder l'intérêt général.

L'action publique doit être l'objet d'une délégation indirecte, c'est-à-dire qu'elle doit être déléguée par la nation au pouvoir exécutif, qui la délègue lui-même à des agents. Ce pouvoir, en effet, n'est-il pas le représentant légal de la société? N'intervient-il pas en son nom dans l'administration générale de ses intérêts? N'est-il pas chargé de maintenir l'ordre, de veiller à la sécurité publique, d'assurer à tous les citoyens le libre exercice de leurs droits? En un mot, sa mission n'est-elle pas d'opérer l'exécution complète des lois? Or, quel est le but de l'action publique? N'est-ce pas

Digitized by Google

de faire exécuter les lois pénales qui sont elles-mêmes la sanction de toutes les lois ? N'est-ce pas d'affermir, par l'application des peines, la sûreté et les droits de tous ? Cette action rentre donc dans les attributions essentielles et légitimes du pouvoir exécutif ; elle est l'arme que la société met dans ses mains et dont il doit disposer pour accomplir sa tâche ; on ne pourrait la lui enlever qu'en divisant les éléments qui le constituent.

Enfin, cette délégation assure l'unité nécessaire du ministère public, sans être exclusive de son indépendance. L'action publique, en prenant son principe au centre, au lieu de le prendre à tous les points de la surface, reçoit une impulsion unique ; elle subit la même surveillance, les mêmes devoirs, les mêmes règles ; elle est une, en un mot, dans ses éléments et dans ses actes ; et c'est là ce qui fait toute sa puissance ; car ce n'est que parce qu'elle est une, qu'elle peut s'élever au-dessus des multiples intérêts privés et se faire l'organe de l'intérêt social ; ce n'est que parce qu'elle est une, qu'elle oppose toute la force collective d'une institution aux passions qu'elle combat.

Son indépendance est-elle menacée par le lien qui l'attache au pouvoir exécutif ? Il est certain qu'elle subit une haute direction, et qu'elle est exercée sous le contrôle d'une surveillance réelle ; mais les fonctions du ministère public sont tellement considérables, leur influence sur la liberté individuelle et la sûreté publique est si puissante, qu'une telle surveillance n'est point inutile ; il importe seulement qu'elle n'excède pas certaines limites, et, par exemple, qu'elle se borne à diriger le mode général d'exercice de l'action, sans enchaîner les actes mêmes qui l'appliquent. Or, comme le pouvoir exécutif ne peut l'exercer lui-même, et que, délégué de la société, il a, comme celle-

Digitized by Google

ci, l'obligation de la transmettre aux agents qui l'exercent réellement, il s'ensuit que cette transmission peut être accompagnée de conditions qui assurent plus ou moins leur indépendance. Rien ne s'oppose, en effet, à ce que la loi intervienne pour régler la mesure d'influence du pouvoir sur la fonction du ministère public. C'est ainsi que notre législation a pris soin de déterminer les conditions d'aptitude des magistrats qui sont chargés de ce ministère [1], l'étendue de la délégation qui leur est faite [2], les règles et les prérogatives de leurs fonctions [3]. L'action publique peut donc rester soumise, dans son exercice, à une surveillance qui est purement administrative, sans abdiquer son indépendance ; les officiers qui l'exercent peuvent, quoique enchaînés dans une organisation hiérarchique, conserver la liberté de leurs actes judiciaires.

Tels sont les motifs qui ont institué le principe fondamental que l'action publique, déléguée par la société au pouvoir exécutif, doit être exercée, au nom et sous la direction de ce pouvoir, par les agents qu'il institue. Ce principe est consacré dans notre législation par l'article 1er du Code d'instruction criminelle, qui porte que « l'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi ; » par l'article 22 du même Code, qui dispose que « les procureurs du roi sont chargés de la recherche et de la poursuite de tous les délits ; » et par l'article 45 de la loi du 20 avril 1810, qui déclare que « les procureurs-généraux exerceront l'action de la justice criminelle dans toute l'étendue de leur ressort. »

[1] L. 20 avril 1810, art. 64 ; L. 16 ventôse an II, art. 1, tit. II.

[2] L. 20 avril 1810, art. 45 et suiv. ; 6 juillet 1810, art. 42 et suiv. : Cod. instr. crim., art. 1, 22, 61, 274 et suiv.

[3] Décr. 30 mars 1808, tit. III ; L. 20 avril 1810, art. 6, 46, 54.

Digitized by Google

Cependant le pouvoir exécutif n'est pas investi de l'action publique d'une manière absolue : il n'en peut disposer arbitrairement ; elle ne lui appartient pas. Elle appartient à la société entière dont il est le représentant, et sa mission ne consiste qu'à en diriger l'exercice dans la voie tracée par les lois. Cette distinction fondamentale, que nous avons établie déjà, est un principe incontesté de notre jurisprudence. La Cour de cassation a déclaré à plusieurs reprises et dans les termes les plus formels, que « l'action publique appartient à la société et non au fonctionnaire public chargé par la loi de l'exercer [1] » ; elle a reconnu en même temps « que le ministère public n'agit qu'au nom de la société et dans l'intérêt de la justice [2]. »

C'est d'après cette règle que les conditions de la délégation faite aux procureurs-généraux et aux procureurs du roi ont été, comme nous l'avons rappelé tout à l'heure, pesées et établies par le législateur lui-même. C'est d'après la même règle que l'autorité judiciaire a été investie, concurremment avec le pouvoir exécutif, des attributions qu'il exerce à cet égard.

L'action publique peut être considérée, en effet, sous un double rapport : elle constitue à la fois une branche de la puissance exécutive et une fonction judiciaire. Nous avons vu toutes les législations lui reconnaître, avec des formes diverses, ce double caractère. Si elle assure l'application des lois, elle provoque et prépare en même temps les mandats judiciaires et les jugements ; si elle participe du pouvoir administratif, en ce qu'elle contribue à maintenir l'ordre dans l'État, elle participe du pouvoir judiciaire, en ce

[1] Arr. cass., 2 mars 1827. Devill. et Car., nouv. édit., t. VIII, p. 539.
[2] Arr. cass., 26 avril 1845. Bull., n° 153.

Digitized by Google

qu'elle s'associe à l'œuvre de la justice et qu'elle en est un élément nécessaire. C'est là une complexité qui ressort de la matière même, et dont le législateur doit tenir compte.

Notre législation en a tiré deux corollaires.

En premier lieu, les membres du ministère public sont placés sous une double surveillance : celle de leurs supérieurs dans l'ordre hiérarchique, et celle des Cours royales. La première est consacrée par les art. 27, 274 et 279 du Code d'instruction criminelle, et par l'art. 47 de la loi du 20 avril 1810 ; la seconde par l'art. 11 de la même loi et l'art. 9 du Code d'instruction criminelle.

En deuxième lieu, l'action publique a été placée dans les mains des corps judiciaires en même temps que dans celles du pouvoir exécutif. Une sorte de concurrence pour la poursuite des crimes a été établie entre les deux autorités. L'autorité judiciaire a le droit de mettre l'action en mouvement, de lui imprimer une certaine impulsion, de lui prescrire la voie qu'elle doit parcourir; elle n'exerce pas la poursuite, elle l'ordonne et la surveille. Cette seconde règle résulte de l'art. 11 de la loi du 20 avril 1810 et de l'art. 235 du Code d'instruction criminelle.

Nous savons qu'on peut objecter que cette double attribution de l'action publique ne sort pas, en définitive, des mains du pouvoir exécutif, parce que, dans notre régime constitutionnel, il est difficile de reconnaître à l'autorité judiciaire le caractère d'un troisième pouvoir, parallèle aux pouvoirs exécutif et législatif; parce que la justice qui, aux termes de l'art. 47 de la Charte, émane du roi et s'administre en son nom, ne forme plus qu'une branche de la puissance exécutive; parce qu'enfin on ne peut même l'en séparer, puisqu'elle ne tend, après tout, qu'à l'application

Digitized by Google

des lois [1]. Et de là l'on conclut qu'attribuer l'action publique à l'autorité judiciaire, c'est encore l'attribuer, sous une autre forme, au pouvoir exécutif.

Nous n'entreprendrons point d'examiner si l'autorité judiciaire, qui puise son institution et ses garanties dans la constitution même, et qui admet dans son sein des éléments absolument indépendants du pouvoir exécutif, tels que les jurés, les juges consulaires, les prud'hommes et les arbitres, forme un pouvoir à quelques égards distinct, ou seulement une branche de la puissance exécutive. Alors même qu'on la considérerait comme une portion déléguée de ce pouvoir, il faudrait admettre en même temps que cette délégation est absolue, puisque l'indépendance de l'autorité judiciaire est entière, puisque le pouvoir exécutif n'assume aucune responsabilité de ses actes, puisqu'elle n'a point à en rendre compte. Par conséquent, cette autorité, si elle ne forme point un pouvoir constitutionnel de l'Etat, ne constitue pas moins en réalité un pouvoir distinct et indépendant du pouvoir exécutif, agissant de son propre mouvement et puisant dans la constitution même le principe de sa puissance. Cette distinction suffit pour justifier la double source de l'action publique.

Une autre objection pourrait être tirée de ces termes de l'art. 1er. de notre Code : « L'action pour l'application des peines *n'appartient qu'aux fonctionnaires* auxquels elle est confiée par la loi. » Ces termes emportent, en effet, l'idée d'une sorte de propriété de l'action, propriété dont la loi aurait investi les seuls officiers du ministère public. Il suffit de se reporter à la délibération du Conseil d'Etat qui a préparé cet article, pour être convaincu que tel n'est pas le sens de

[1] Foucard, *Nature de l'autorité judiciaire*, *Revue de législation*, 1845, t. II, p. 433.

Digitized by Google

ses termes : le projet portait que l'action pour l'application des peines serait exercée par des fonctionnaires *établis à cet effet*, et c'est uniquement pour corriger cette phrase à double sens que la rédaction actuelle y a été substituée. Le législateur n'a voulu dire qu'une chose, c'est que les fonctionnaires désignés par la loi pourraient seuls exercer l'action publique, et que la partie offensée n'aurait plus ce droit. Ensuite, et même en donnant à la loi l'interprétation inexacte qu'on a cru trouver dans son texte, les juges des Cours royales ne seraient point exclus : le législateur semblerait, au contraire, avoir employé les expressions les plus larges pour y comprendre tous les fonctionnaires de l'ordre judiciaire auxquels l'action a été confiée.

Nous venons de retracer les caractères distincts de l'action publique et de l'action civile. Ces deux actions diffèrent encore par un troisième point, par le but vers lequel elles tendent.

L'une poursuit la punition du coupable, l'application d'une peine ; l'autre, la réparation pécuniaire du délit, le payement d'une indemnité. Cette distinction est nette et précise. Et, toutefois, en poursuivant l'une et l'autre une voie aussi différente, il arrive qu'elles se rencontrent, qu'elles se touchent et qu'elles se confondent même quelquefois.

L'action publique ne s'occupe, en général, que de l'intérêt social dont elle est l'organe ; mais elle ne peut perdre entièrement de vue l'intérêt particulier qui est engagé dans la poursuite. Elle lui doit protection, car elle agit en vue de la justice, et la justice veut la réparation du tort privé aussi bien que de l'offense publique. Elle marche donc de concert avec la partie lésée ; elle provoque même son intervention, car elle y puise une force nouvelle. Elle lui emprunte ses moyens d'accusation et ses preuves...

Digitized by Google

L'action civile, d'une autre part, a souvent pour mobile principal la punition même de l'infraction, l'application de la peine; car la peine seule venge l'injure ou rassure la victime. Elle s'appuie donc sur l'action publique et la soutient à son tour; elle en appelle l'exercice, elle la met en mouvement, elle lui fournit ses renseignements et ses indices, elle unit ses efforts aux siens et plaide en réalité pour la peine en plaidant pour une réparation pécuniaire.

C'est par l'effet de cet intérêt commun, qui au fond lie les deux actions, que la législation les a si longtemps confondues; et leur distinction récente n'a pu être si absolue que leurs limites ne soient restées encore incertaines, et que mutuellement elles n'empiètent sur le domaine de l'une ou de l'autre. Notre Code nous fournira quelques exemples de cette confusion; et la Cour de cassation a dû reconnaître « que si l'art. 1er du Code d'instruction criminelle statue que l'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi, ce principe n'est point tellement absolu qu'il n'y ait quelques cas où la poursuite de la partie civile provoque nécessairement l'action de la partie civile et se confond avec elle[1]. » Il est un seul point qui les divise et les caractérise à la fois : l'action publique, lors même qu'elle provoque le succès de l'action civile, ne peut requérir, quand elle agit isolément, que dans l'intérêt général; l'action civile, lors même qu'elle appelle le châtiment, ne peut le requérir.

Telles sont les règles qui régissent les deux actions. Nées d'un même fait, mais puisant leur existence dans la double lésion produite par ce fait, elles se distinguent l'une et l'autre par l'intérêt différent qu'elles représentent, par leur carac-

1 Arr. cass., 10 mars 1827, Devill. et Carr., t. VIII, p. 545.

Digitized by Google

tère nécessairement divers, par le but vers lequel elles tendent. Elles se rapprochent, d'un autre côté, malgré ces dissidences, parce qu'elles ont l'une et l'autre un objet commun, la réparation complète du mal causé par l'infraction.

Il est temps de résumer cette dissertation. Tout fait constituant une infraction à la loi pénale, s'il lèse à la fois l'ordre social et l'intérêt privé, fait naître deux actions, l'action publique et l'action civile.

Ces deux actions, longtemps confondues dans la pratique, ont été séparées par la jurisprudence du seizième siècle, et cette distinction, soigneusement conservée par notre législation, est la première règle de la matière[1].

L'action publique a pour objet de punir l'atteinte portée à l'ordre social[2]; son but est l'application d'une peine[3]. Elle consiste dans le droit, qui appartient à la société, de poursuivre la répression des infractions commises à ses lois. L'action civile a pour objet la réparation du dommage que le délit a causé[4]. Elle consiste dans le droit qui appartient à la partie lésée de réclamer l'estimation de ce dommage.

La première appartient à la société entière; car son but est d'assurer l'ordre social qui est la propriété commune des citoyens. L'autre appartient à la personne qui a souffert du dommage, car la réparation de ce dommage n'intéresse que cette personne.

L'action publique est déléguée par la société, d'abord, au pouvoir exécutif, dont elle constitue l'une des attributions les plus importantes, ensuite et directement, à l'autorité judiciaire elle-même, pour suppléer, s'il est nécessaire, à la

[1] C. inst. crim., art. 1, 2 et 3.
[2] Art. 5 du C. du 3 brum. an IV.
[3] Art. 1 du C. d'inst. crim.,
[4] Art. 6 du C. du 3 brum. an IV et 1 du C. d'inst. crim.

Digitized by Google

surveillance du pouvoir exécutif et pour veiller à ce qu'elle soit exactement appliquée. Elle ne peut être exercée que par les officiers du ministère public, nommés et délégués à cet effet par le pouvoir exécutif, soit que ces magistrats agissent par les ordres de ce pouvoir ou de leur propre mouvement, soit qu'ils reçoivent leur impulsion de l'autorité judiciaire. L'action civile est exercée, directement et en son nom, par la partie qui a été lésée. Comme elle ne représente qu'un intérêt privé, l'intérêt que la pratique a nommé civil, par opposition à l'intérêt public, elle ne dépend que de cette partie.

Ainsi se trouvent résumées, dans ces deux actions, les trois règles que nous avons incessamment retrouvées dans la législation : le droit de l'État de poursuivre les crimes; le droit de la justice d'intervenir pour provoquer cette poursuite ; le droit des parties lésées de concourir à l'intenter. Ainsi se trouvent résolues les questions que nous avions posées, au seuil de cet article, sur la source, les caractères différents et la fin des deux actions.

FAUSTIN HÉLIE.

Digitized by Google

ACADÉMIE

DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES.

DE LA FAMILLE, par M. FRANCK.

Un des membres les plus distingués de la section de philosophie, M. Franck, vient de donner lecture à l'Académie d'un travail sur *la Famille*, qu'une obligeante communication nous permet de reproduire intégralement. Ce travail est destiné à faire partie du *Dictionnaire des Sciences philosophiques*, ouvrage d'une haute importance, que M. Franck publie en ce moment.

M. Franck s'est exprimé en ces termes :

L'institution de la famille, aussi ancienne que le genre humain, et, sans contredit, une des plus saintes, a été dans ces derniers temps attaquée avec tant de violence; poëtes, romanciers, publicistes, fondateurs de religions nouvelles, réformateurs de toute espèce se sont élevés contre elle avec tant de railleries et de sophismes, qu'il n'y a pas seulement un intérêt spéculatif, mais un intérêt pratique, presque un intérêt de circonstance, à montrer sur quels fondements inébranlables elle repose, quel but elle doit poursuivre, quelles sont les lois et les conditions qui la régissent. La famille, c'est la première condition aussi bien que la première forme de la société, le premier pas que fait l'homme dans la vie morale, et sans lequel il est impossible qu'il en fasse aucun autre. Essayez, en effet, de rompre les liens dont elle est formée ; qu'à la place du mariage il n'y ait plus que la passion et des rencontres fugitives ; que les enfants ne reconnaissent plus leurs parents, ni les parents leurs enfants ; que les doux noms de frère et de sœur deviennent des mots vides de sens : vous détruirez du même coup les sentiments les plus naturels, les plus profonds et peut-être les plus désintéressés du cœur humain ; vous ôterez à l'activité humaine ses mobiles les plus ordinaires et les plus puissants. Pense-t-on que l'abolition de la famille et la mort de toutes les affections qui naissent dans son sein tourneraient au profit de sentiments plus élevés et plus généreux; qu'elles nous laisseraient plus de force et de liberté pour aimer notre patrie, nos concitoyens et les hommes

Digitized by Google

en général? Cette opinion a trouvé des partisans : Platon la défend dans sa *République*, et elle a été reproduite par les utopistes de nos jours; mais elle n'en est pas moins la plus inconcevable des illusions. On comprend que les liens et les affections de famille, lorsqu'ils existent, quand notre cœur en a la complète expérience, puissent s'étendre par assimilation sous l'empire des institutions politiques ou des idées religieuses. C'est ainsi que la patrie n'est pour nous qu'une famille plus vaste ; que nos concitoyens, imbus des mêmes idées et façonnés aux mêmes mœurs, qui partagent avec nous les mêmes droits, les mêmes devoirs, les mêmes espérances, les mêmes craintes, et vivent sous le charme des mêmes souvenirs, sont véritablement pour nous des frères, et qu'enfin le sol qui nous nourrit, qui porte dans son sein les cendres de nos aïeux, devient pour nous l'objet d'une piété toute filiale. C'est ainsi encore que Dieu nous apparaît comme le père commun de tous les hommes, la terre comme leur commun patrimoine, et que, par suite de la même idée, nous sommes forcés de croire à la fraternité universelle du genre humain. Mais comment ces assimilations seraient-elles possibles, soit pour notre esprit, soit pour notre cœur, si l'un des termes qu'elles supposent se trouve supprimé, si les noms de père et de frère n'ont plus pour nous aucune signification morale, et ne répondent à aucun mouvement de notre âme? Il faut bien considérer que l'amour de la patrie, tel qu'il faut l'entendre, et l'amour de l'humanité, ne sont pas des sentiments que nous apportons en naissant, ou qui existent indistinctement chez tous les hommes : ils se développent avec le temps, sous l'empire de certains principes laborieusement conquis, par une extension réfléchie des affections de famille, qui, au contraire, sont naturelles, spontanées, irrésistibles. Nous dirons plus : l'amour de Dieu, si élevé qu'il nous paraisse au-dessus des affections terrestres, s'allume au même foyer pour s'étendre ensuite dans un champ sans bornes. Il est à remarquer que c'est sous le nom de Père que Dieu est adoré par le genre humain ; et en effet, à part la différence du fini à l'infini, quelle autre espèce d'amour pouvons-nous éprouver pour lui que celui qu'un père inspire à son enfant? Vouloir aller au delà, c'est se perdre dans les langueurs et dans les subtilités du mysticisme. Aussi, le sens commun ne s'y est pas trompé; il a donné un même nom à ces deux sentiments si différents par leur objet; il a reconnu la piété, soit qu'elle s'exerce dans le sanctuaire de la famille, ou dans celui de la religion.

L'institution de la famille n'est pas moins nécessaire au bien-être ma-

Digitized by Google

tériel de la société qu'à son existence morale ; car n'est-ce pas sur le travail que repose le bien-être, et par suite le bon ordre de toute association humaine? Or, le travail, en général, n'a pas d'aiguillon plus puissant, plus opiniâtre et plus noble en même temps, que le désir d'assurer le bonheur de ceux que nous aimons le plus au monde, et dont nous sommes, en quelque sorte, la Providence ici-bas. Que l'amour de la gloire, de la patrie, de l'humanité, ou quelque sentiment plus élevé encore, suffise aux âmes d'élite, qu'il soit le mobile ordinaire des grands travaux de la pensée et de l'imagination ou des sacrifices de l'héroïsme, nous l'admettons sans peine ; mais, livrés aux plus vulgaires occupations, la plupart des hommes ont besoin d'être soutenus, excités par des affections plus positives. Il leur faut l'espérance de laisser à leurs enfants, à leurs compagnes, à leurs proches, les fruits de leurs sueurs et les signes matériels de leur dévouement. Il faut que leur ambition puisse s'étendre au delà des limites de leurs besoins et de leur existence, sans cesser en quelque sorte d'être personnelle ; car nos enfants, c'est nous-mêmes, avec l'avenir et la jeunesse de plus. Quant à l'intérêt proprement dit et aux passions purement égoïstes, c'est le comble du délire de vouloir élever sur ce fondement une société de quelque durée et de quelque valeur. En admettant même, avec plusieurs philosophes du dernier siècle et quelques socialistes de nos jours, qu'un temps viendra où le crime et la révolte n'auront plus de but, tant l'intérêt particulier sera étroitement lié à l'intérêt général, il sera toujours vrai qu'avec l'amour de soi pour tout mobile et tout frein, un homme n'aura rien à craindre, rien à ménager, rien à fonder pour l'avenir. Il peut acheter, au prix d'une fin prématurée, tous les plaisirs des sens ; au prix d'une existence obscure et pauvre, la tranquillité de l'esprit et du corps ; il peut, en un mot, vivre comme il lui plaît : car sa mort ne doit pas avoir de lendemain. Quelques économistes craignent pour la société l'excès de la population. Ce n'est pas là, selon nous, qu'est le danger, mais dans les mœurs et dans les habitudes qui détruisent, parmi les classes pauvres, les liens domestiques. La famille, en même temps qu'elle ennoblit l'homme à ses propres yeux dans les plus humbles conditions de la vie, le rend aussi plus utile aux autres et plus intéressé à la prospérité commune ; elle double ses forces pour le travail, met en jeu tous les ressorts de son activité, et éveille sa sollicitude sur l'avenir comme sur le présent.

Mais la famille ne doit pas seulement être considérée comme un moyen, c'est-à-dire comme une des conditions de l'ordre social et un des mobiles

Digitized by Google

les plus puissants de l'activité humaine : elle est légitime, elle est sainte par elle-même ; elle repose sur l'union des âmes encore plus que sur le besoin des sens ; elle sanctifie par l'amour et par le devoir, par l'usage de la raison et de la liberté, une des lois les plus impérieuses de notre nature animale ; enfin elle complète l'existence de l'individu en même temps qu'elle assure, dans l'ordre moral comme dans l'ordre physique, la continuation de la société. En effet, ce qui constitue essentiellement la famille, c'est le mariage et l'éducation des enfants. Or, le mariage, tel qu'il doit, tel qu'il peut être, n'est pas seulement l'union des intérêts et des corps ; il est aussi formé par des liens d'une autre nature. L'homme et la femme ne diffèrent pas moins l'un de l'autre par la direction naturelle de leurs facultés et par les diverses qualités de leurs âmes, que par la conformation de leurs corps. Au fond, leur nature est certainement la même ; leur volonté et leur intelligence sont gouvernées par les mêmes lois ; la même liberté leur est donnée pour le bien et pour le mal ; la même fin est proposée à leur existence tout entière : mais ils semblent s'être partagé les moyens d'y atteindre. Chacun d'eux a été paré par l'auteur de la création des perfections et des attributs dont l'autre se voit privé, et cette différence de leurs âmes se réfléchit dans leurs formes extérieures et dans les traits de leurs visages. De là le besoin pour tous deux de confondre leurs vies comme les deux moitiés d'un seul être. De là l'amour qui les rend nécessaires l'un à l'autre, non plus comme l'instinct pour la satisfaction d'un fugitif désir, mais pour tous les instants et dans tous les éléments de leur existence. L'amour n'est pas ce délire de l'imagination et des sens avec lequel il est trop souvent confondu ; c'est un sentiment réfléchi, servant de lien entre deux âmes qui se touchent par tous les points et qui, par conséquent, avant de se donner l'une à l'autre, ont pris le temps de s'observer et de se comprendre. Il a un effet moral d'une immense portée, et qui peut-être n'a pas été remarqué suffisamment : il consacre l'égalité des deux sexes ; car s'il n'est pas exclusif et réciproque, s'il n'est pas des deux côtés la donation entière de soi-même, il cesse aussitôt d'exister. C'est dans cette réciprocité parfaite ou cette communauté absolue d'existence que consistent le caractère distinctif et la dignité du mariage. Mais si le mariage était fondé uniquement sur l'amour, il n'aurait pas plus de durée et ne serait pas plus commun que ce sentiment, qui, à cause de sa nature délicate et élevée, ne se fait pas connaître à toutes les âmes, et, dans celles-là même où il a pu naître, ne tient pas toujours contre des passions ou des influences plus grossières.

Digitized by Google

En l'absence de l'amour, il n'y aurait pas d'autres liens entre les deux sexes que la volupté, l'instinct ou l'intérêt du plus fort, et dans chacun de ces cas la femme rendue à sa faiblesse naturelle, privée du respect qui l'entoure au sein de la famille, puisque la famille n'existe pas sans la société conjugale, serait véritablement l'esclave de l'homme et l'instrument avili de ses passions. Il faut donc admettre dans le mariage un troisième élément, qui, au lieu d'être personnel et mobile comme l'amour, puisse servir au contraire de règle universelle et invariable : cet élément, c'est le principe d'obligation et de droit, qui nous suit également et doit nous gouverner dans toutes les situations de la vie. Il est défendu à la personne humaine, quelles que soient d'ailleurs sa misère et sa faiblesse, de se dégrader au rang d'une chose, d'abdiquer en quelque sorte son existence propre, de se dépouiller de son être moral pour servir uniquement aux plaisirs et aux passions d'autrui. Par une conséquence nécessaire de la même loi, sur laquelle repose toute la dignité de l'homme, il n'est pas moins coupable de réduire les autres, soit par la séduction, soit par la force, à cet état d'avilissement, ou, quand ils y sont déjà, de contribuer à les y maintenir. Donc, un homme et une femme ne peuvent appartenir l'un à l'autre que sous la condition de substituer dans leurs relations mutuelles l'égalité morale, c'est-à-dire l'égalité de droits et de devoirs, à l'inégalité naturelle qui existe entre eux. Cette égalité morale, qui n'empêche pas la diversité des fonctions suivant les facultés distinctives de chaque sexe, et qui peut, par cela même, subsister à côté de l'inégalité civile, ne doit pas seulement être acceptée par la conscience ou exister à l'état de principe ; il faut qu'elle soit un fait juridique, qu'elle repose sur un contrat par lequel deux êtres humains de sexes différents mettent en commun, pour toute la durée de leur vie, leurs âmes et leurs corps, leurs volontés et leurs personnes, en un mot toute leur existence. Hors de cette communauté absolue, l'inégalité est inévitable, et avec elle on voit reparaître les conséquences que nous avons déjà signalées, la dégradation et l'asservissement de la moitié de l'humanité. Ainsi, le mariage repose à la fois sur ces trois choses : sur un besoin des sens dont la satisfaction est nécessaire à la conservation du genre humain, et que déjà la raison peut ennoblir par cette idée générale ; sur un besoin des âmes excité par les facultés diverses, mais également nécessaires à la perfection humaine, que la nature a réparties entre l'homme et la femme ; enfin sur un contrat qui, posant en principe l'égalité morale des deux sexes, assure pour toujours, au nom du droit et du devoir, cette communauté d'existence, cette

Digitized by Google

donation mutuelle de deux êtres, qui n'est qu'un fait temporaire dans l'amour, et, comme l'amour lui-même, un privilége des âmes d'élite. Il faut remarquer les rapports qui existent entre ces trois éléments de la société conjugale : l'appétit des sexes est un instinct général et aveugle devant lequel la personne humaine disparaît entièrement. L'amour, même quand il n'est pas d'une nature très-élevée, est toujours un sentiment personnel, exclusif, qui, par cela même, suppose un choix et renferme, de toute nécessité, une part de liberté et de réflexion. Enfin, le contrat est tout entier l'œuvre de la raison et de la liberté : c'est la raison qui le rédige, en substituant sa règle éternelle à des rapports fortuits ou arbitraires ; c'est la liberté qui l'accepte et doit le mettre à exécution. C'est l'honneur de toutes les religions d'avoir consacré le mariage en général; c'est l'honneur du christianisme de l'avoir conduit le plus près de la perfection, en abolissant la polygamie et la répudiation ; mais le mariage ne repose pas sur un dogme religieux et ne peut pas être considéré comme une institution purement religieuse ; il résulte de la constitution de l'homme, de ses facultés, de ses droits naturels ; et comme il exerce nécessairement une influence toute-puissante sur les destinées de la société, la société doit en déterminer les conditions extérieures et les faire observer ; son intervention est légitime et nécessaire dans un contrat où ses intérêts sont si vivement engagés.

Un homme et une femme qui s'unissent l'un à l'autre selon les lois de la nature, ne se trouvent pas seulement liés par des devoirs réciproques ; ils en ont aussi de communs envers les enfants qui pourront naître d'eux, et ces obligations contractées d'avance envers des êtres qui n'existent pas encore, font une partie de la sainteté du mariage et constituent la fin la plus élevée de la famille. L'homme ne serait pas ce qu'il est, mais il descendrait au rang d'une chose, si l'on pouvait, sous les seules conditions de l'instinct et de la volupté, lui donner la vie sans être attaché à lui par aucun lien, sans penser à ce qu'il deviendra un instant après sa naissance. Toute action qui se rapporte à lui rentre dans la sphère des lois morales, et leur doit être subordonnée, quand même elle serait provoquée par les plus impérieux besoins de la nature physique. C'est ainsi qu'il a des droits, même avant que de naître. Pourquoi, en effet, serait-il permis de lui imposer les besoins de la vie et de lui refuser en même temps les moyens de les apaiser, pendant que le sommeil de l'enfance engourdit son intelligence et ses forces ? Pourquoi serait-il permis de le jeter en ce monde, abandonné à lui-même, privé d'appui et de culture

Digitized by Google

à l'âge où la nature les réclame, livré à tous les caprices du hasard, à toutes les conséquences de l'ignorance et de la faiblesse, comme on livre au vent une semence inutile? Appeler à l'existence un être humain, c'est donc se charger de son éducation; c'est prendre l'engagement, au nom des règles absolues de la justice, d'être sa Providence, d'écarter de lui la souffrance et le besoin, de développer en même temps les forces de son corps et les facultés de son âme, de l'initier enfin à toutes les épreuves, à tous les devoirs, à tous les secrets de la vie, jusqu'à l'heure où, n'ayant plus rien à attendre de la nature, et prenant, pour ainsi dire, possession de lui-même, il ne dépende plus de nous que par les liens de la reconnaissance et de l'amour.

L'éducation doit être l'œuvre commune du père et de la mère, d'abord, parce qu'elle est pour tous deux un devoir et par conséquent un droit; ensuite, parce que les qualités diverses que la nature a partagées entre eux sont également nécessaires au développement de l'enfant, et doivent, autant que possible, se réunir dans l'homme fait. Ce n'est pas trop de faire concourir à cette tâche difficile l'autorité qui commande et la persuasion qui charme, la fermeté qui exige et la patience qui sait attendre, la raison qui éclaire, qui conseille ou qui blâme, et l'amour qui entraîne, qui soutient ou console. Or, de ces deux sortes de moyens d'action, les uns sont plus propres à l'homme et les autres à la femme. Sans doute il faut, selon le sexe et le caractère des enfants, laisser prédominer tantôt ceux-ci, tantôt ceux-là; mais il est toujours nécessaire de les combiner ensemble dans une juste mesure, et ce n'est qu'à cette condition que les parents se retrouveront tous deux et resteront unis dans leurs enfants; que les enfants honoreront leurs parents d'un égal respect et les confondront dans le même amour, et qu'enfin la femme conservera à la tête de la famille cette égalité morale dont nous avons fait la base, et dans laquelle consiste la sainteté du mariage. Il résulte de là que l'éducation, bien distincte de l'instruction, doit être essentiellement l'œuvre de la famille, jusqu'à ce qu'elle ait suffisamment excité dans les jeunes âmes des sentiments qui ne peuvent pas naître ailleurs, et qui sont, comme nous l'avons démontré, le germe unique, le commencement nécessaire de toutes les vertus sociales. Alors, mais seulement alors, pourra commencer une éducation plus virile, destinée à préparer l'homme aux luttes, aux épreuves, à l'ordre inflexible, aux injustices même de la société, injustices qui sont toujours des erreurs. Il est de toute évidence que cette seconde partie de l'éducation, complément indispensable de la première,

Digitized by Google

ne doit être confiée qu'à des hommes qui connaissent la société, qui vivent dans son sein, qui en acceptent toutes les lois, qui ne sont étrangers à aucun de ses intérêts, et non pas à ceux qui la méprisent, qui refusent de marcher avec elle, qui ont résolu, pour nous servir de leur propre langage, de vivre en dehors du siècle, c'est-à-dire en dehors de leur temps et de leur pays. La plus grande contradiction où puissent tomber les peuples modernes dont l'existence politique a pour bases la liberté et le sentiment national, c'est de faire élever leurs jeunes générations par des maîtres qui repoussent ces deux principes, c'est-à-dire qui ont fait serment de passer toute leur vie dans l'obéissance, et dont la patrie est renfermée tout entière dans les murs d'un cloître. Au reste, ce n'est pas ici le lieu d'insister plus longtemps sur ce sujet : il nous a suffi de le considérer dans ses rapports avec la famille.

Le même principe qui charge les parents de l'éducation de leurs enfants est aussi la source de leur autorité. Moralement, il n'y a pas d'autre origine à ce pouvoir paternel si terrible dans l'antiquité, si absolu dans les lois romaines, et par lequel on a essayé vainement, de nos jours, d'expliquer et de justifier l'esclavage. Il est impossible, en effet, que les rapports personnels, que les liens purement physiques qui existent entre les hommes l'emportent sur les lois absolues de l'ordre moral. Ce que je dois à celui qui m'a donné le jour ne va pas jusqu'à détruire en moi la personne humaine, jusqu'à m'ôter l'usage de ma liberté et de mon intelligence, jusqu'à m'enlever à ma propre destinée pour faire de moi une vile propriété ou un instrument à l'usage d'autrui. Que deviendrait, avec une pareille doctrine, l'idée même de la justice et du droit? L'autorité paternelle est donc entièrement subordonnée à l'éducation, et doit s'exercer dans les mêmes limites et dans la même durée. Celle-ci est le but ; la première n'est que le moyen. L'une nous représente un devoir ; l'autre le droit qui en est la conséquence. Le devoir une fois accompli, le droit qu'il apporte avec lui cesse immédiatement. L'enfant devenu homme doit toujours à son père et à sa mère, tant que la bonté divine les laisse à ses côtés, le respect, la reconnaissance, un amour sans bornes : il ne leur doit pas l'obéissance. C'est pour cela que nos lois ont désigné un âge où cette émancipation est civilement reconnue. Ce n'est pas encore tout : même dans les limites où nous venons de la circonscrire, l'autorité paternelle ne peut pas être absolue ; mais il faut nécessairement qu'elle s'accorde avec les intérêts les plus essentiels et soit réglée par les lois de la société. La société, en général, doit intervenir en-

Digitized by Google

tre le fort et le faible, entre l'enfant et l'homme fait; elle doit faire triompher partout l'ordre et la justice : à ce titre, elle a le droit de régler dans une certaine mesure les rapports de la famille. Mais il y a plus : il faut qu'elle use de ce droit sous peine de compromettre sa propre existence; car telle est la constitution de la famille, telle est celle de la société tout entière, telle est l'éducation que l'on donne à l'enfance et à la jeunesse, tel sera dans l'avenir l'esprit public, telles seront les institutions et les mœurs. Il est bien évident, par exemple, que le droit d'aînesse établi dans la famille, il en résulte nécessairement l'aristocratie dans l'État ; au contraire, l'égalité entre les enfants d'un même père, si elle est consacrée par les mœurs, amènera bientôt à sa suite l'égalité civile et politique. La même chose a lieu pour l'éducation. Des générations élevées dans le mépris des lois qui devront les gouverner un jour, dans la haine des institutions sur lesquelles repose l'ordre actuel de la société, ne se feront pas scrupule de les changer, et ne seront pas très-reconnaissantes envers ceux qui les ont établies. La société a donc le droit d'intervenir dans l'éducation aussi bien que dans le mariage. L'autorité paternelle sur laquelle on s'est fondé pour lui contester ce droit, est soumise elle-même à son légitime contrôle.

Le mariage et l'éducation des enfants sont, comme nous l'avons dit, les deux éléments principaux de la famille, ses conditions morales et absolues ; mais il y a aussi une condition extérieure sans laquelle les deux premières se réaliseraient difficilement, et qui, par cela même, ne doit pas en être séparée : nous voulons parler du droit d'acquérir et de posséder, du droit de constituer une propriété applicable à l'usage de la famille, et qui reçoit, pour cette raison, le nom de patrimoine. Sans doute le droit de propriété peut se démontrer comme une conséquence immédiate de la liberté individuelle ou du droit de vivre ; mais il se fonde aussi sur les devoirs, sur l'institution de la famille, dont il devient à son tour la garantie matérielle. Si le père est chargé de l'éducation physique de ses enfants non moins et d'une manière plus immédiate que de leur éducation morale, il est évident qu'il a le droit d'acquérir, dans la mesure où il le juge convenable, tous les moyens de pourvoir à leurs besoins, d'assurer leur bien-être dans l'avenir comme dans le présent, par un dernier acte de sa volonté et de sa tendre prévoyance. Voilà la propriété patrimoniale établie, dont l'idée même implique nécessairement l'hérédité et le droit de transmission. Supposez maintenant ce droit anéanti, ou transportez-le à la communauté politique, à la société entière, ainsi

Digitized by Google

que le désirent certains utopistes, quelle place restera-t-il à ce commerce de dévouement et de reconnaissance, à ce sacrifice permanent de la vie et de la pensée sur lequel repose essentiellement la société domestique? Avec le droit de propriété, l'autorité même du père sur les enfants se trouve détruite; car cette autorité ne peut pas exister sans pouvoir. Aussi toutes les tentatives qui ont été faites, tous les systèmes qu'on a imaginés pour détruire la liberté du travail ou le droit de propriété, ont-ils eu en même temps pour but ou pour conséquence immédiate la destruction de la famille.

Ainsi que tout ce qui appartient à la vie morale de l'homme, ainsi que l'homme lui-même, la société et l'humanité tout entière, la famille a son histoire. Elle n'a pas eu dès le premier jour la constitution que vous lui voyez maintenant ou celle qu'elle doit avoir, que le principe absolu de la dignité humaine lui impose; mais elle s'est formée lentement par les conquêtes successives du droit sur la force, de l'esprit sur la matière, des besoins de l'âme sur les appétits du corps; et ce que nous disons de la famille considérée dans son ensemble, s'applique exactement à chacun des éléments dont elle se compose : au mariage, à l'éducation des enfants et à la propriété patrimoniale. Nous allons essayer, par quelques rapides observations, de mettre ce fait en lumière, et c'est par là que nous finirons.

D'abord le mariage n'est que l'asservissement régulier, légal, du sexe le plus faible au sexe le plus fort, avec certaines réserves en faveur du premier. Tel est le mariage oriental avec la polygamie et la répudiation. Évidemment, quand un homme épouse plusieurs femmes avec la faculté de les chasser du toit conjugal, il y a là une inégalité monstrueuse qui ressemble fort à l'esclavage; cependant, il faut remarquer que c'est un progrès immense sur la promiscuité brutale et la servitude proprement dite. La polygamie admet une consécration ou civile, ou religieuse, qui établit une différence entre les concubines et les femmes légitimes. Le mari ne peut pas tout sur celles-ci : il lui est défendu de les maltraiter sans sujet, de les répudier sans jugement, et il leur doit une existence conforme à son rang. Quoi qu'il en soit, dans cette première ébauche de la famille, la force et l'instinct jouent le principal rôle; l'être moral y est effacé presque entièrement devant l'être matériel. Avec la civilisation grecque et romaine, bien postérieure à la civilisation orientale, commence pour le mariage une autre époque. Un homme ne peut plus épouser qu'une seule femme, et, au lieu de l'acheter comme autrefois, il ne

Digitized by Google

peut plus l'obtenir que de son consentement ou de celui de ses proches. Mais quelle inégalité encore dans cette union! Tandis que la femme, en cas d'infidélité, est punie de mort, le mari peut avoir dans sa maison, non par un abus d'autorité ou par un effet de la licence des mœurs, mais en vertu d'un droit publiquement reconnu, autant d'esclaves et de concubines qu'il le veut. On sait quel était chez les anciens Romains le pouvoir du mari sur sa femme. Maître absolu de sa personne et de ses biens, investi du droit de la condamner à mort, il exerçait sur elle le même empire que si la conquête l'avait mise en ses mains; enfin, par une bizarrerie inexplicable dans nos mœurs, l'épouse légitime devenue mère, n'était pas élevée au-dessus de ses propres enfants: elle n'avait que le rang de leur sœur consanguine. En général, dans l'état de civilisation dont nous parlons, le mariage était moins une institution morale ayant pour but de donner à l'homme une compagne digne de lui et de faire entrer dans l'éducation la bienfaisante influence de la tendresse maternelle, qu'une institution purement civile destinée à maintenir la séparation des hommes libres et des esclaves, et, dans les États aristocratiques, à empêcher le mélange des castes. Aussi faut-il remarquer qu'au temps de la république romaine, le concubinat, comme nous venons de le dire, était à côté du mariage légitime (*justæ nuptiæ*) une union avouée par la coutume et par les lois, tandis que les alliances entre patriciens et plébéiens (*non legitimum matrimonium*) étaient regardées comme un état anormal et vicieux. On trouve encore quelque chose de semblable, non plus sans doute dans les fois profondément modifiées par les idées chrétiennes, mais dans l'opinion, mais dans les mœurs de la société féodale du moyen âge et des sociétés aristocratiques des temps modernes. Là, n'est-ce pas, en effet, le rang, le degré de noblesse, la position sociale et plus tard l'inventaire de la fortune qui décident des alliances? Combien y en a-t-il, quand ces conditions sont remplies, qui recherchent encore l'union des âmes et l'harmonie des intelligences? Dans cette période de l'histoire, l'être moral, la personne humaine, s'efface plus ou moins, non plus comme dans les mœurs de l'Orient devant l'être physique, mais, si nous pouvons nous exprimer ainsi, devant la personne sociale, devant la caste, la considération ou la richesse. Le mariage devenu ainsi une affaire, une simple convenance ou le moyen de conserver un nom aristocratique, n'a pu inspirer le respect dont il est digne; cependant l'âme humaine, plus éclairée qu'autrefois sur sa valeur propre, plus réfléchie sur elle-même et plus

Digitized by Google

occupée de ses besoins intérieurs, n'a pas voulu perdre entièrement ses droits. C'est ainsi qu'il s'est formé à côté et en dehors du mariage des liaisons presque mystiques, où le sentiment seul, où le dévouement le plus pur et le culte le plus désintéressé étaient admis : tel est l'amour chevaleresque, qui, des mœurs du moyen âge, a passé dans la poésie et dans le roman moderne. De là le contraste qui existe dans l'opinion, et dont l'esprit satirique a si souvent tiré parti entre la réalité et le roman, entre le mariage et l'amour. Ce qu'il y a de certain, c'est que le mariage tel qu'il devrait être, ou l'union de deux êtres humains qui se sont choisis l'un l'autre pour eux-mêmes sans aucun sordide intérêt, et qui confondent véritablement leurs deux vies en une seule, n'est pas encore devenu et ne sera probablement jamais un fait bien commun. Il y a plus : même cette égalité morale des deux sexes qui est la condition absolue du mariage indissoluble tel qu'il existe parmi nous, est à peine admise en principe, et il s'écoulera du temps avant qu'elle passe dans les mœurs.

Le développement successif que nous présente la société conjugale se répète dans les rapports des parents ou plutôt du père et des enfants, et dans l'éducation de ceux-ci. D'abord les enfants ne sont que la propriété, c'est-à-dire les esclaves de leur père. De là le nom même de la famille (*familia*, primitivement *famulia*, de *famulus*, esclave), nom qui exprime parfaitement ce qu'était cette institution dans la vieille société romaine. Le père avait droit de vie et de mort sur ses enfants, comme le mari sur sa femme : son terrible pouvoir s'étendait à la fois sur son fils, sur la femme en puissance de ce fils, sur les enfants de ce dernier et sur tous ses biens. Dans d'autres États, par exemple à Sparte, où l'autorité paternelle était remplacée par celle de l'État, la situation des enfants était la même. On les conservait, on les élevait, on les instruisait, non pour eux, mais pour la république; non pour en faire des hommes, mais des guerriers et des citoyens. Aussi n'éprouvait-on aucun scrupule à les détruire quand, dès leur naissance, leurs forces ne répondaient pas à ce qu'on attendait d'eux. Plus tard, sous le règne de la féodalité, les intérêts généraux de l'homme, et ce que nous appellerions volontiers la justice domestique, l'égalité qui doit exister entre les enfants d'un même père, se trouve sacrifiée à l'intérêt de caste. A l'aîné de la famille passaient le nom, les dignités, la fortune du père ; le reste devenait ce qu'il pouvait. Le père disparaissait devant le seigneur, et les enfants devant l'héritier. Nous ne parlons ni des serfs attachés à la glèbe, ni de la population des monastères; car celle-ci vivait en dehors de la famille, et ceux-là en

Digitized by Google

voyaient tous les titres dégradés en eux par la servitude. Seule, la législation moderne, récente conquête de la raison et de la liberté, a réglé avec justice les rapports de la famille, en renfermant dans sa véritable destination l'autorité paternelle, et en consacrant pour les enfants ce principe d'égalité qui est en quelque sorte sa propre essence.

Mêmes transformations dans la propriété. L'homme commence par se ravaler lui-même au rang d'une propriété ou d'une chose; c'est à peine s'il distingue entre ses enfants ou ses femmes et le patrimoine qu'il doit leur laisser. Plus tard, l'homme et la chose, la propriété et la personne, sans être confondus, se trouvent inséparables : tel est le serf attaché à la glèbe et le seigneur à son fief inaliénable; enfin, l'homme est affranchi, et la propriété est mobilisée; la terre est faite pour l'homme, et non plus l'homme pour la terre.

Ainsi, on le voit, chaque progrès de la famille se lie à un progrès de la société tout entière, et l'histoire nous démontre, aussi bien que l'observation philosophique, que l'une ne saurait subsister sans l'autre.

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge, par M. Ch. Giraud, membre de l'Institut, inspecteur-général des études de droit. Tome Ier et IIe. Paris, chez Videcocq père et fils, éditeurs, 1864.

Au moment d'entreprendre l'examen de l'ouvrage de M. Giraud, nous ne nous dissimulons pas les difficultés que cette tâche renferme pour nous. Ce n'est pas que nous craignions de voir attribuer à la complaisance ou à l'affection pour la personne de l'auteur, les éloges que nous serions porté à décerner au livre; car M. Giraud a conquis dans la science une place si éminente, et le public instruit est si bien habitué à reconnaître le mérite de ses productions, que la critique de son nouvel ouvrage serait seule en droit de surprendre. Les convenances de la collaboration et de l'amitié ne vont pas, ce nous semble, jusqu'à défendre de dire de ses amis le bien que chacun en pense, et elles ne sauraient empêcher la *Revue de législation* de louer un livre dont elle s'honore de compter l'auteur à la tête de sa rédaction. Mais la louange, comme la critique, est un jugement dont l'autorité dépend de la bouche qui le prononce; pour assigner son rang à une œuvre savante, il faudrait presque être savant soi-même. Nous ne saurions donc nous arroger le rôle de juge, et nous devons nous récuser tout d'abord. Notre examen ne sera qu'un simple compte-rendu, dans lequel nous nous efforcerons de retracer les points principaux que M. Giraud met en lumière; si nous nous permettons d'y ajouter quelques observations, elles seront pour la plupart puisées dans le livre lui-même.

Digitized by Google

M. Giraud se propose de donner l'histoire du droit français pendant le moyen âge, et spécialement pendant les douzième, treizième et quatorzième siècles. C'était dans une matière si difficile, l'histoire de notre droit, choisir la partie la plus difficile de toutes ; car si l'histoire moderne du droit français est quelque peu connue, et si, d'un autre côté, les temps qui constituent son histoire ancienne, c'est-à-dire ses origines, ont été éclairés sous plus d'une face par les travaux contemporains de la France et de l'Allemagne, la période intermédiaire a été presque entièrement négligée jusqu'ici. Sur ce terrain, vierge encore, il fallait avancer pas à pas, avec circonspection et prudence, comme dans un voyage de découvertes; il ne s'agissait pas de coordonner et de compléter les résultats des travaux antérieurs, il fallait réunir jusqu'aux premiers matériaux épars dans les livres et dans les manuscrits, et élever, par ses seules forces, l'édifice tout entier. Cette partie de l'ouvrage de M. Giraud n'est pas encore livrée au public; nous avons seulement sous les yeux, à la fin du tome premier et dans le second tome tout entier, les chartes et coutumes qui doivent lui servir de pièces justificatives; mais elles suffisent pour montrer que M. Giraud a su faire une riche moisson. En exprimant le désir que cette seconde partie soit prochainement publiée, nous serons l'organe du vœu général.

Avant de donner le tableau du droit français au moyen âge, M. Giraud a voulu soumettre à une révision complète et définitive les éléments originaires dont se composait à cette époque l'édifice de la législation. Tel est l'objet du livre premier.

Le chapitre premier traite des origines helléniques du droit français. C'était justice de donner au moins un souvenir à cette belle civilisation grecque qui a jeté tant d'éclat dans le monde, et qui a rayonné jusqu'au milieu de la barbarie de la Gaule antique. M. Giraud relève avec un soin extrême tout ce qui, dans les auteurs anciens, peut jeter quelque jour sur la constitution politique et juridique de Marseille. Il pense que la brillante colonie ionienne, par suite d'une révolution dont l'histoire n'a pas conservé les détails, a fini par se rattacher au régime dorien. L'on pourrait peut-être contester ce résultat; ce serait, nous le croyons, le seul exemple d'une transformation de ce genre. M. Giraud, il est vrai, cite Corcyre et Syracuse, villes doriennes qui ont adopté le régime ionien : mais cette révolution paraît bien plus conforme au progrès naturel de la civilisation. La société dorienne, avec sa rigidité, supposait une forte et dure éducation, qui, comme à Sparte, y pliât de bonne heure les âmes; la société ionienne, au contraire, avait des séductions incomparables qui devaient agir puissamment sur les esprits et sur les imaginations. D'un autre côté, l'histoire ne montre pas une seule fois peut-être un régime aristocratique succédant au régime démocratique. Les preuves alléguées par M. Giraud ne s'appliquent d'ailleurs qu'à la religion, et les détails si curieux qu'il donne lui-même sur le système du droit public et du droit privé, semblent indiquer plutôt une cité ionienne qu'une cité dorienne.

Quant à l'influence directe exercée par Marseille sur le droit de la Gaule, elle ne paraît pas avoir été aussi considérable que le feraient croire les passages de Strabon et de Trogue-Pompée, rapportés par M. Giraud. Il serait difficile de constater, d'une manière certaine, la filiation hellénique d'aucune institution du droit français, au moyen âge, même dans les parties de la Gaule où s'étaient établies les colonies grecques. Plusieurs des coutumes qu'on a voulu rattacher à cette source sont d'origine

Digitized by Google

germanique; d'autres, d'origine byzantine. Ce fait est très-bien établi par M. Giraud, et il reste démontré que la véritable et durable influence du droit grec sur le droit français est plutôt indirecte que directe, et s'est produite surtout par l'intermédiaire du droit romain.

Les origines galliques, auxquelles est consacré le chapitre deux, ont été l'objet de beaucoup d'exagérations et d'erreurs que M. Giraud réfute avec une grande force de science et de raison. En premier lieu, il expose à grands traits les caractères généraux de la civilisation et du droit public et privé des Gaulois, et y signale des traces manifestes de la société orientale. A côté d'une religion orientale (le druidisme), se place une constitution politique fondée sur la division orientale des personnes. Le droit privé n'a pas un autre caractère : ainsi la polygamie est en usage au moins chez les grands; le mari, le père, ont sur la femme et sur les enfants un droit absolu de vie et de mort, etc., etc. La femme ne recevait aucun don du mari, mais elle avait une dot au sujet de laquelle existait une coutume singulière, dans laquelle on a voulu voir l'origine de la communauté coutumière et du douaire coutumier, mais qui différait essentiellement de l'une et de l'autre. Après les observations de M. Giraud sur ce point, il est permis de penser que l'histoire du droit français sera définitivement purgée d'une erreur qui s'y est propagée trop longtemps.

Quant à la constitution de la propriété chez les Gaulois, elle est peu connue. L'on sait seulement que la classe agricole était en grande partie serve ou demi-serve, et que la propriété foncière donnait lieu à des contestations nombreuses, soumises au jugement des druides. L'on ignore quel était l'ordre des successions.

La Gaule fut conquise sans trop de peine, grâce à ses divisions intestines, et plus facilement encore *romanisée*. Par suite du même système qui les armait contre toute religion exclusivement nationale, tandis qu'ils ouvraient leur Panthéon aux cultes susceptibles de fusion, les Romains poursuivirent de tous leurs efforts le druidisme, et, avec lui, ils détruisirent le plus ferme lien de la nationalité gauloise. Le druidisme vaincu et déraciné, la politique, le droit, les lettres et les arts achevèrent bientôt l'assimilation, et on le comprend : car sans parler de l'action prépondérante qui appartient toujours au peuple plus civilisé sur celui qui l'est moins, sans insister sur l'admirable génie politique qui distingue le peuple romain, et sur la singulière flexibilité du caractère gaulois (considérations que M. Giraud fait ressortir dans toute leur force), il est un fait qui, ce nous semble, explique la facilité avec laquelle le monde ancien presque tout entier se plia aux formes de la société romaine, et devint réellement romain dans tout ce qui touche à la vie extérieure d'un peuple. Ce fait, dont on ne tient pas assez de compte dans l'explication de l'histoire et des institutions des peuples anciens, c'est l'esclavage. Il est bien évident qu'une institution qui (pour donner des chiffres extrêmement modérés) réduisait au tiers ou au quart des habitants d'un pays le nombre des citoyens, et l'on pourrait dire le nombre des hommes, devait influer puissamment sur toute l'économie et sur toutes les évolutions de la vie sociale. Ainsi, pour ne pas sortir du point particulier qui nous suggère cette observation, la civilisation romaine se trouvait en présence d'une minorité, et cette minorité était, par ses richesses, par ses intérêts, par son ambition et aussi par sa culture, toute disposée à la subir. C'est un fait confirmé par l'histoire de tous les peuples : chaque fois qu'une nation a réussi à maintenir sa do-

Digitized by Google

mination sur une autre, les classes élevées, dans le peuple vaincu, ont commencé la fusion, tandis que les classes inférieures conservaient pour longtemps encore le culte et les traditions de la nationalité. Or, dans l'antiquité, les basses classes existaient à peine dans le sens moderne du mot : elles étaient remplacées d'un côté par les esclaves, qui n'entraient pas en ligne de compte, et d'un autre côté par les affranchis qui, en recevant la vie civile, la recevaient nécessairement aux conditions que leur imposaient les classes dominantes, et se hâtaient de les imiter pour se rapprocher d'elles.

Quoi qu'il en soit, M. Giraud a démontré que la Gaule subit ou accepta complétement et sans réserve la civilisation et la législation romaines; il n'est point possible de conserver le moindre doute à cet égard. La Bretagne seule fut plus rebelle, mais le christianisme finit aussi par lui imposer la discipline romaine. Il faut lire les savants développements dans lesquels M. Giraud entre sur ce point si peu connu de l'histoire de la Gaule.

M. Giraud ne va pas cependant jusqu'à dire que la nationalité gallique ait disparu complétement. Il fait observer au contraire, avec beaucoup de raison, qu'elle a pu et dû subsister, mais en revêtant les formes romaines. Dans la vaste unité du monde romain, alors que tous les habitants de l'empire furent admis ou soumis au droit de cité, et par conséquent régis par le *jus civile*, il a dû arriver quelque chose d'analogue à ce qu'on a vu à l'époque où les Codes français furent imposés à tant de peuples de nationalité différente. La loi était la même; les formes gouvernementales identiques; mais quelle infinie variété dans la pratique et dans l'application du droit! Dans la France elle-même, malgré son organisation et sa civilisation unitaires, malgré sa Cour de cassation, ne remarque-t-on pas des pratiques très-différentes en plusieurs points importants, et qui maintiennent, à certains égards, l'ancienne division juridique du pays? Tel a dû être à peu près, ce nous semble, l'état du monde romain et en particulier celui de la Gaule, au regard des lois romaines. Au-dessous et dans le sein de l'unité, quelque place restait encore aux diversités nationales[1].

Le chapitre trois, le plus important et le plus étendu de ce volume (p. 74-288), est consacré aux origines romaines du droit français. Après quelques considérations générales où M. Giraud développe et établit dans tous les sens les idées que nous venons de résumer, il traite de l'administration romaine dans les Gaules, depuis Auguste jusqu'au quatrième siècle. En l'absence de documents complets et positifs sur ce point, antérieurement au Code théodosien, cette histoire a dû être reconstruite à l'aide de savantes inductions, basées sur les notices éparses dans une foule d'auteurs. Un premier article s'occupe de l'administration générale et de l'organisation judiciaire, et en donne un tableau aussi exact que concis; nous ne saurions en donner un résumé, sans tronquer un travail dont le mérite et la nouveauté consistent principalement dans les détails. A la suite, viennent ces beaux travaux sur le régime municipal et sur le système des impôts dans la Gaule, dont la *Revue de législation* a déjà

[1] Nous nous croyons d'autant mieux autorisé à cette induction, que le même fait se reproduit dans le style des auteurs. Les écrivains du temps de l'empire ont tous un certain goût du terroir qui, à défaut d'autres renseignements, permettrait presque toujours de déterminer la province où ils sont nés et où ils ont été élevés.

Digitized by Google

donné une analyse[1]; en y renvoyant le lecteur, nous ferons remarquer que ce compte-rendu, tout en s'attachant à reproduire les résultats principaux des recherches de M. Giraud, a négligé le riche et savant appareil de preuves dont il les appuie. Nous n'essayerons pas de combler ici cette lacune; disons seulement que M. Giraud, tout en mettant largement à profit (comme c'était son droit et son devoir) les travaux de ses devanciers sur les mêmes matières, les a toujours soumis à une critique non moins indépendante qu'éclairée, et les a complétés et rectifiés en plusieurs points. Ainsi, pour ne citer que cet exemple, il a démontré, contrairement au sentiment de M. de Savigny, que le régime municipal avait été pleinement organisé et non pas seulement ébauché dans la Gaule; c'est un fait qui, nous le croyons, demeurera acquis à la science. Le travail relatif aux impôts a donné lieu, l'on s'en souvient, dans le sein de l'Académie des sciences morales, à une discussion intéressante que M. Giraud a ajoutée en appendice à son ouvrage, mais qui n'a pas modifié ses conclusions. S'il nous était permis de prendre parti dans un tel débat, nous n'hésiterions pas à nous ranger du côté de M. Giraud. En effet, la base de toute recherche historique, c'est la foi aux témoignages, et si la raison conserve toujours sur eux son droit de révision et de critique, elle n'a droit de l'exercer qu'avec une circonspection extrême. Or, les témoignages dont s'étaye l'opinion de M. Giraud sont positifs et par eux-mêmes dignes de confiance, tout le monde le reconnaît, et les considérations économiques par lesquelles on a essayé de les combattre ne paraissent pas décisives. Elles se réduisent en définitive à dire qu'un tel régime n'était pas supportable; et en effet il l'était si peu, d'après M. Giraud lui-même, qu'il y a vu l'une des causes principales de la ruine de l'empire, et de cette horreur pour la propriété foncière qui provoqua tant de lois absurdes et sanguinaires.

Après avoir exposé les principes de l'administration générale, de l'administration financière et du régime municipal, M. Giraud passe à la condition des populations rurales. Le premier fait qu'il rencontre, c'est le colonat : sujet dont l'importance ne le cède qu'à sa difficulté, et qui laissait plus d'un problème à résoudre, même après les travaux contemporains. Jusqu'ici l'on s'accordait assez généralement à voir dans le colonat une transformation de l'ancien droit de la guerre, et une modification au principe de l'esclavage appliqué aux peuples vaincus : mais les uns en faisaient remonter l'origine jusqu'à l'époque où des tribus de Germains furent transportées dans l'intérieur de l'empire, tandis que d'autres ne le dataient que du règne de Constantin. M. Giraud n'accepte ni l'une ni l'autre de ces solutions : il pense que le colonat se rattache à l'histoire la plus ancienne des populations agricoles de l'Italie et de la Grèce. Il prouve, par des témoignages irrécusables, que les Grecs connaissaient une classe intermédiaire entre les esclaves et les hommes libres, et composée d'individus attachés à perpétuelle demeure à la culture des champs. Lorsque Rome subit l'influence de la Grèce, la même pratique dut s'y établir, favorisée qu'elle était par la disparition des petits propriétaires, et par l'énorme concentration des propriétés foncières qui s'opéra vers cette époque. Ruinés par les envahissements de leurs puissants voisins, les petits propriétaires durent accepter sans trop de peine une condition qui leur laissait une sorte de liberté personnelle, et leur

[1] Voy. collection nouvelle (1845), t. I, p. 353 et suiv.

Digitized by Google

assurait une part des fruits du champ pour leur salaire. D'un autre côté, au milieu de ce mouvement, non encore expliqué, mais bien certain, qui vers la fin de la république sembla faire douter de la légitimité de l'esclavage et qui poussait aux affranchissements en masse, beaucoup de maîtres durent saisir le moyen que leur offrait le colonat pour concilier leur conscience avec leurs intérêts : « *Ainsi le colonat fut formé, d'un côté, par la population libre dégénérée, et de l'autre côté, par la population servile améliorée. L'une et l'autre se fondirent en une position moyenne, qui d'abord n'eut d'autre règle que la coutume ou le contrat... Le gouvernement romain s'en occupa peu dès l'origine, ainsi que d'autres objets d'intérêt administratif qui furent abandonnés pendant longtemps à l'autonomie municipale ; mais lorsque d'autres causes eurent transformé la question du colonat en question politique, alors on s'occupa de fixer et de formuler des règles générales.* » Au surplus, des textes nombreux, recueillis avec soin par M. Giraud, et antérieurs à la date des premières immigrations forcées des barbares, viennent ajouter l'autorité de la démonstration historique à celle qui résulte déjà de l'enchaînement naturel des faits que présente ce système. Pour notre part, s'il nous est permis de le dire, cette double démonstration nous a pleinement convaincu ; nous hasarderons seulement quelques très-courtes observations. M. Giraud nous paraît avoir accordé à l'influence hellénique une action trop exclusive sur le colonat. Nous admettons volontiers, d'après sa belle discussion sur ce sujet, que c'est par cette voie qu'il s'est répandu en Italie ; mais il est fort douteux, ce nous semble, que le colonat des provinces et spécialement celui de la Gaule ait son point de départ et son origine dans la Grèce ou même à Rome. Dans la Gaule, le travail des champs n'était pas plus honoré que dans la Grèce ; la classe agricole (et l'auteur en fait lui-même l'observation) était en grande partie serve ou demi-serve : « *Les uns*, dit-il, *naissaient dans une sorte d'esclavage héréditaire ; d'autres étaient réduits à l'esclavage par la misère ;* D'AUTRES ENFIN VIVAIENT DANS UNE CONDITION INTERMÉDIAIRE DE NATURE SERVILE, MAIS QUI POURTANT NE SAURAIT ÊTRE ASSIMILÉE A LA SERVITUDE DOMESTIQUE DES ROMAINS [1]. » N'est-ce point là le colonat? Le colonat a pu d'autant mieux rester dans les pratiques gauloises que, suivant la remarque de M. Giraud, il fut longtemps régi par les conventions des partis ou par la coutume locale. Ce serait donc un des points où la nationalité gauloise aurait pu conserver son caractère propre, par la raison même que la législation politique et civile des Romains n'y touchait pas ; et ce qui donne à cette hypothèse presque la certitude d'un fait démontré, c'est que les premiers documents positifs sur le colonat nous le montrent extrêmement répandu dans ce pays.

Quoi qu'il en soit, à l'époque où le colonat devint l'objet de l'attention du gouvernement, « la classe des colons fut composée d'individus d'origine diverse, libre ou servile, et des barbares transplantés, colloqués dans les domaines de l'État, ou distribués aux provinces, ou livrés aux cités pour cultiver les terres provinciales et communales, ou enfin abandonnés à l'exploitation des propriétaires. Elle se multiplia tout à la fois par les mêmes procédés et par la reproduction naturelle des individus soumis à ce régime. » (T. I, p. 171.)

[1] Voy. t. I, p. 33. M. Giraud emprunte cette observation à César lui-même.

Digitized by Google

Nous ne suivrons pas l'auteur dans le tableau qu'il trace de la législation relative aux colons depuis Dioclétien; nous nous contenterons de dire qu'il a su être complet sur un sujet hérissé de détails, et neuf dans une matière sur laquelle se sont exercés avant lui tant d'hommes éminents.

Le colonat forme, avec les traditions de l'administration, le principal élément romain qui se conserva dans les premiers royaumes germaniques; les *lœti*, dont l'auteur traite ensuite, commencent en quelque sorte la prise de possession de l'empire par les barbares. Après avoir restitué sa véritable signification au mot de *lœti*[1], qui a été si longtemps l'objet d'étymologies inadmissibles, M. Giraud indique la nature de leurs relations avec l'empire et leur condition juridique; il montre en quoi ils se rapprochaient ou différaient des *lides* des Germains, et donne le tableau de leurs différents campements dans les Gaules. Les *lœti* l'amenaient tout naturellement à parler des concessions de terres faites, également dans le but de la défense de l'empire, soit à des citoyens vétérans, soit à des barbares, et qui furent très-fréquentes dans le nord de la Gaule (*fundi limitrophi* ou *terræ limitanæ*).

Outre le but de la défense de l'empire, les établissements létiques et surtout les *fonds limitrophes* avaient celui de repeupler et de remettre en culture les parties les plus ravagées du monde romain. L'un ne fut pas mieux atteint que l'autre, et l'on fut obligé d'essayer d'un autre moyen pour encourager la culture. C'est pour cet objet que l'on favorisa la transformation de l'emphytéose, contrat purement administratif dans l'origine, en un contrat privé et d'une application générale. Après avoir jeté quelques vives lumières sur l'histoire ancienne de l'emphytéose, M. Giraud nous la montre appliquée peu à peu aux domaines des particuliers, comme elle l'était depuis longtemps à ceux de la couronne, de l'État, des villes et des églises, et recevant de Zénon la définition de sa nature juridique. Dans ce dernier état du droit romain sur la matière, l'emphytéose continue en quelque sorte l'antique dualisme de la propriété romaine, qui allait disparaître des lois, après avoir perdu depuis longtemps presque toute réalité pratique. La position de l'emphytéose, au regard du domaine direct, n'était pas cependant la même que celle de la propriété bonitaire au regard de la propriété quiritaire : car, dans l'emphytéose, la division établissait entre les deux propriétaires des relations juridiques, fondées sur une convention, et imposant à l'emphytéote et au propriétaire proprement dit des obligations particulières, dont l'auteur donne le détail. Dans les Gaules et même en Italie, l'emphytéose ne se maintint, au moyen âge, que relativement aux biens de l'Église. C'est du moins ce qui paraît résulter des documents fort curieux réunis par M. Giraud sur ce point.

L'auteur étudie ensuite les sources et la culture du droit dans la Gaule pendant la période romaine. Parmi les sources du droit, la plus importante dans les premiers temps fut sans doute la série d'édits publiés par les magistrats qui se succédèrent, sous divers titres, dans le gouvernement des différentes divisions de la Gaule. Le Digeste contient un certain nombre d'indications relatives au droit gallo-romain, et M. Gi-

[1] Ce mot vient évidemment d'un radical allemand *lyt*, *leute*, qui se retrouve dans la dénomination des *Leudes*, et qui indique toujours une classe d'hommes soumis à certains devoirs envers d'autres. Voy. M. Giraud, t. I, p. 186.

Digitized by Google

raud les a relevées avec le soin consciencieux qui distingue tout son ouvrage. Mais une moisson bien plus abondante se rencontre dans les codes de Théodose et de Justinien, et, pour s'en convaincre, il suffit de jeter les yeux sur la table complète, donnée par l'auteur, de toutes les constitutions concernant l'administration de la Gaule. M. Giraud examine ensuite avec détail l'autorité que reçurent dans ce pays le Code de Théodose et les recueils de Justinien ; puis il traite des monuments du droit privé et de leur forme, et entre à cet égard dans des développements pleins d'intérêt et de nouveauté. Nous regrettons que l'étendue déjà bien grande de cette analyse nous fasse une loi de ne nous point appesantir sur ce sujet, non plus que sur l'article consacré à la culture du droit romain dans les Gaules. Nous nous arrêterons cependant un moment pour mentionner au moins un excellent travail sur les *agrimensores* et sur leurs écrits. M. Giraud, qui a déjà tant fait pour répandre dans notre pays la connaissance de ces curieux ouvrages, et pour en faire comprendre l'extrême importance au point de vue de l'histoire des colonies et des municipes, donne ici le détail complet de leurs procédés, la description des manuscrits de leurs livres, et suit les traces de cette institution jusque dans le cœur du moyen âge. Cette étude sur les gardiens et les conservateurs de la propriété foncière l'amène à parler de la condition et de la valeur de la propriété elle-même. Ici le sujet s'agrandit sous la plume de l'historien ; ce n'est plus seulement une question d'histoire du droit qu'il examine, c'est une des plus graves questions de l'économie politique qu'il éclaire d'une nouvelle lumière. Nous recommandons spécialement à toute l'attention des savants cette belle étude non moins remarquable par ses résultats que par l'étendue des recherches qui ont permis de les constater.

Avant d'abandonner avec l'auteur les origines romaines du droit français, nous voulons dire un mot de l'esprit qui a présidé au choix des matières. L'on a vu, par les détails qui précèdent, que M. Giraud s'est attaché à demeurer rigoureusement dans les limites de son sujet. Il n'a pas cru que les prolégomènes d'une histoire du droit français exigeassent une histoire complète du droit romain ; renvoyant aux ouvrages spéciaux, parmi lesquels ses précédents livres occupent un rang si élevé, pour tout ce qui concerne l'histoire du droit romain proprement dit, il n'a voulu insister ici que sur les points qui se trouvaient dans une relation directe et spéciale avec la Gaule. Après avoir ainsi restreint son cadre aux véritables dimensions de son sujet, il l'a rempli avec une profusion de faits, d'inductions et de remarques savantes dont notre analyse ne saurait donner une idée au lecteur, et qui ne seront point inutiles pour la connaissance du droit romain lui-même.

Le chapitre quatre est consacré aux origines canoniques de notre droit, terrain qui depuis bien longtemps n'avait pas été abordé par un savant français, et qu'on est heureux de voir ressaisir avec autorité au nom de la patrie de tant de canonistes célèbres. M. Giraud commence par esquisser à grands traits et par circonscrire dans ses limites véritables l'influence du christianisme sur le droit romain, avant et après Constantin. Il montre que l'action de l'idée chrétienne ne se traduisit pas dans un renversement violent des lois et des formes sociales, mais dans une transformation lente et progressive des mœurs ; ainsi son influence ne devint prépondérante dans l'empire byzantin que vers le temps de Justinien. Mais dans les royaumes fondés par les barbares, l'Église, affranchie de la

Digitized by Google

suprématie impériale, et constituée en pouvoir indépendant de l'État, imposa plus facilement à la société les lois canoniques. Après ces considérations générales, M. Giraud expose la circonscription épiscopale de la Gaule, le régime nouveau imposé aux juifs par l'Église triomphante, et trace l'histoire de la culture du droit canonique jusqu'à nos jours. Enfin il termine cette intéressante partie de son travail par une étude sur les sources primitives du droit canonique. Le tableau des développements ultérieurs de ce droit est renvoyé, ainsi que celui des origines germaniques, à une prochaine publication.

Nous avons déjà dit que la fin du premier volume et le deuxième tout entier sont remplis par les pièces justificatives de la partie de l'ouvrage non encore publiée. Nous ne blâmerons pas l'auteur d'avoir donné au public les *preuves* avant le texte qu'elles doivent appuyer; pourvu que le texte ne se fasse pas trop attendre, la science ne pourra que s'applaudir d'avoir été plus tôt en possession de documents importants. Nous aurions désiré seulement que M. Giraud accompagnât cette publication de quelques annotations qui pussent en faciliter l'intelligence; personne mieux que lui n'aurait été en mesure de faire ce travail, qui, nous le croyons, ne serait pas complétement inutile. Ces chartes et coutumes sont empruntées aux différentes parties de la France (quelques-unes même à l'Allemagne et à la Flandre); la plupart sont inédites, les autres ont été collationnées de nouveau sur les manuscrits. Ce n'est pas à nous qu'il appartient de dire quels résultats en ressortent pour l'état du droit français au moyen âge; M. Giraud nous l'apprendra lui-même dans la suite de son travail.

L'analyse qu'on vient de lire suffira, nous l'espérons, pour faire connaître l'abondance et l'intérêt des matières traitées par M. Giraud; mais si nous avions voulu indiquer seulement tous les points qu'il met en lumière, notre travail aurait pris des développements que nous devions nous interdire. Bien moins encore avons-nous pu faire ressortir l'étendue des recherches auxquelles l'auteur a dû se livrer, et dont les notes nombreuses qui accompagnent son texte portent le témoignage convaincant. Ces notes sont en quelque sorte un livre à côté du livre : par les indications biographiques et bibliographiques qu'elles contiennent, elles constituent, on peut le dire, une histoire littéraire des sujets traités dans le texte. En arrivant au but, M. Giraud n'a pas voulu renverser les jalons qui avaient marqué sa route; il les a conservés, au contraire, afin que d'autres, après lui, pussent faire le même chemin et vérifier l'exactitude de ses données. Enfin, pour ne rien oublier, M. Giraud a joint à son ouvrage une carte où se trouvent tracées les anciennes divisions de la Gaule, celles qui y furent introduites par Auguste, les divisions romaines postérieures, les établissements germaniques antérieurs à l'invasion et les États germaniques. Cette carte, qui manquait à la géographie historique de la France, nous a paru d'une exactitude irréprochable, et elle sera d'une grande utilité pour l'intelligence de la division territoriale de la Gaule aux différentes époques.

V. Chauffour,
Docteur en droit.

Études administratives, par M. Vivien, membre de la Chambre des députés. Un beau vol. in-8°. Prix : 8 fr. Chez Guillaumin, éditeur, rue Richelieu, 14.

Au moment de mettre sous presse, nous recevons ce volume, qui ouvre

Digitized by Google

une nouvelle voie à l'étude de la science administrative. Nous nous bornerons à indiquer ici la division de l'ouvrage : il se compose de cinq parties. I. Le pouvoir administratif. II. Les fonctionnaires publics. III. Le Conseil d'État. IV. Le préfet de police. V. Les théâtres.

CHRONIQUE.

L'année judiciaire a recommencé chez nous sous de bons auspices. Les discours de rentrée qui ont été prononcés portent en général un caractère sérieux, qui prouve que la magistrature se préoccupe du mouvement scientifique, législatif et social.

Nous devons signaler d'abord le remarquable discours de M. le procureur-général à la Cour de cassation.

Le texte choisi par M. Dupin n'était rien moins que le tableau rapide mais substantiel de l'histoire de notre législation coutumière. Le savant magistrat a su renfermer dans un cadre restreint nombre d'aperçus lumineux, d'observations pleines de sagacité et de profondeur. Il a noblement revendiqué pour la France l'honneur de fortes études historiques appliquées à la jurisprudence, en rappelant les glorieux travaux de Cujas, de Brisson, des Godefroy, pour le droit romain, de Dumoulin, D'Argentré, Charondas, Du Tillet, Loyseau, Pasquier, Pithou, Loisel, Dupuy, Du Cange, Baluze, Laurière, Bréquigny et tant d'autres, qui ont préparé pour une histoire du droit français les plus riches matériaux.

M. l'avocat-général Glandaz a été chargé d'inaugurer les travaux de la Cour royale de Paris : il s'est attaché à combattre le funeste préjugé qui consiste à séparer la pratique de la jurisprudence de l'étude approfondie de la théorie de nos lois ; il a montré avec une rare élévation de pensée et un grand bonheur d'expression, combien les intérêts nouveaux, nés du progrès incessant de la société, réclament les laborieuses investigations de la science.

Dans l'impossibilité où nous sommes de signaler tous les discours dignes d'une mention particulière qui ont été prononcés, nous nous bornerons à dire que M. Gaillard, procureur-général à la Cour de Toulouse, a traité avec le succès qui lui est habituel, des *devoirs du magistrat* ; M. Corbin, procureur-général à la Cour d'Angers, avait pris pour sujet *le régime légal*, et il a éloquemment retracé *cet état où personne n'est sujet que de la loi, et où la loi est plus puissante que les hommes.* (Bossuet, *Disc. sur l'Hist. univ.*) ; M. Caussin de Perceval, procureur-général à la Cour de Caen, a fait ressortir les bienfaits de la publicité des débats judiciaires ; M. Massot, avocat-général à Lyon, s'est attaqué à la grande question de l'organisation du travail, et il a fait preuve d'un talent à la fois souple et vigoureux, d'une grande justesse de vues et d'une connaissance approfondie des doctrines économiques.

Nous ne voulons pas non plus passer sous silence les intéressantes recherches de M. Du Beux, substitut près le tribunal de Troyes, sur l'institution de l'avocat des pauvres dans le royaume de Sardaigne, et sur l'utilité d'une institution analogue en France.

— M. de Salvandy vient de donner une preuve nouvelle du zèle qu'i

Digitized by Google

apporte à la solution des questions relatives à la réforme de l'enseignement du droit en France. La commission des hautes études du droit vient d'être complétée par l'adjonction de trois jurisconsultes, dont les liens d'amitié et de collaboration ne nous permettent pas de faire ici l'éloge, et dont les noms suffisent pour donner la mesure du concours qu'ils vont prêter aux travaux de la commission.

Nous nous bornerons pour le moment à donner le texte du rapport adressé au roi par M. le ministre de l'instruction publique; il est conçu en ces termes :

« SIRE,

« La haute commission des études de droit va reprendre le cours de ses travaux. Les réponses des Facultés aux questions qui leur avaient été posées ont été depuis longtemps distribuées à tous ses membres. En ce moment s'imprime un mémoire, plein d'observations et de faits, sur l'enseignement de toutes les branches de la science du droit et du droit public dans les Universités d'Allemagne. Le temps est venu de fixer, à l'aide de ces travaux préparatoires, les bases de la loi que le gouvernement de Votre Majesté a annoncée dans la session dernière. Je demande à Votre Majesté l'autorisation d'appeler au sein de la commission, pour y remplir des vides qu'elle regrettera, des hommes dont le nom dit assez haut la compétence, M. Troplong; M. Ed. Laboulaye, de l'Institut; M. Laferrière, de la Faculté de Rennes, qui se trouve pour une année retenu à Paris; et de donner pour assistant à M. l'inspecteur-général des écoles de droit, qui veut bien tenir la plume, M. Vergé, auteur du mémoire que j'avais l'honneur de signaler tout à l'heure à l'attention de Votre Majesté. »

MM. Troplong, Laboulaye et Laferrière ont été, à la suite de ce rapport, nommés membres, et M. Vergé secrétaire-adjoint de la commission des hautes études de droit.

— Trois concurrents, MM. Grellaud, Martin et Nourry, se sont présentés au concours ouvert devant la Faculté de droit d'Aix pour une chaire de Code civil, vacante par la mort prématurée d'un jeune professeur qui promettait à l'École française un glorieux interprète, de notre collaborateur et ami M. Alban d'Hauthuille.

Dans son discours d'ouverture, M. Giraud, inspecteur-général des Écoles de droit et président du concours, a rappelé les services rendus par M. Alban d'Hauthuille à la science du droit, en signalant successivement sa belle thèse sur le droit d'accroissement, son étude historique sur l'origine et les progrès du régime dotal [1] chez les Romains, et son mémoire sur la révision du régime hypothécaire. Le tableau de cette carrière si courte et si brillamment parcourue a inspiré à M. Giraud de nobles et touchantes paroles.

[1] Ce travail a été publié dans la collection de notre *Revue de législation et de jurisprudence*, t. III, p. 305. M. d'Hauthuille a également enrichi notre recueil d'articles importants : sur la *prestation des fautes* (t. II, p. 259, 352), sur la *dénonciation de nouvel œuvre* (t. V, p. 551, 444; t. VI, p. 49, 278), sur la *donation à cause de noces* (t. VIII, p. 344; t. XIX, p. 473). Il avait aussi publié dans notre *Revue* des examens critiques de l'histoire du droit romain, par M. Giraud (t. I, p. 447), de l'ouvrage de M. Bravard sur l'étude du droit romain (t. VI, p. 35), et des Institutes de Justinien, par M. Blondeau (t. VII, p. 456), ainsi qu'un mémoire sur l'union de l'étude de la jurisprudence et des belles lettres (t. X, p. 84).

Digitized by Google

Les trois concurrents ont été admis aux épreuves définitives, après lesquelles M. Martin a été nommé professeur de Code civil à la Faculté d'Aix.

— On conserve en Allemagne, avec un pieux et touchant respect, les anciennes traditions universitaires. Il faut voir, quand quelque circonstance solennelle se présente, la vie qui anime les corps scientifiques, qui ont l'habitude de consacrer chaque événement important de leur existence, par des fêtes et par la collation de titres de *docteur* à un certain nombre de savants de leur pays et de l'étranger. C'est à la fois un hommage rendu à de grands travaux scientifiques et un moyen habile de rattacher à l'Université des hommes éminents.

Nous croyons qu'il ne sera pas sans intérêt de raconter ici, avec quelques détails, la solennité de cette nature qui vient d'avoir lieu dans le royaume de Wurtemberg.

Le 31 octobre dernier, l'illustre et savante Université de Tubingue a pris possession du nouvel édifice qui vient de lui être consacré. Cette prise de possession a été l'occasion d'une solennité non moins rare qu'intéressante. Un cortége nombreux, composé de fonctionnaires publics en costume, de professeurs en robes et d'étudiants avec des écharpes, s'était réuni dans l'ancien édifice destiné jusqu'alors aux exercices universitaires. Après avoir salué d'un cri d'adieu le bâtiment où avaient professé tant de savants personnages, le cortége s'est mis en marche, bannières et musique en tête, à travers les rues tortueuses de la vieille cité. A quelques pas de la nouvelle *Aula*, il a rencontré un arc de triomphe, orné des armes de la ville et de celles de l'Université, et portant cette inscription : *Universitati civitas*. Là il fut reçu par le prince royal de Wurtemberg qui, quelques années auparavant, avait posé la première pierre du nouvel édifice. Dans la salle des fêtes, après un chant de circonstance et un discours du recteur, les doyens des six Facultés sont venus, l'un après l'autre, proclamer les noms des docteurs promus à l'occasion de la solennité. Ces noms, bien connus dans la science et dans les lettres, et parmi lesquels nous avons été heureux de rencontrer ceux de MM. Edouard Laboulaye et Letronne, ont été accueillis par d'unanimes applaudissements. Ont été nommés docteurs dans la Faculté de théologie catholique, M. Œhler ; dans la Faculté de théologie protestante, M. Gustave Schvab ; dans la Faculté de droit, MM. Hochbach d'Elfwangen, le professeur Stalin de Stuttgard et M. Édouard Laboulaye, de Paris ; dans la Faculté de médecine, MM. le professeur Hering et d'Alberti ; dans la Faculté de philosophie, le comte Guillaume de Wurtemberg, MM. Alexandre de Humbold et Varnhagen von Euse, de Berlin, Letronne, de Paris, de Lassberg, Uhland, le Poëte, à Tubingue, Kaussler et Reuse, à Stuttgard ; enfin dans la Faculté des sciences politiques et administratives, MM. Hoffmann, de Berlin, et Maurice Mohl. Après la proclamation de ces noms célèbres, le chancelier a fait connaître ceux des étudiants qui ont remporté les prix dans les exercices annuels ; il a remercié le roi de Wurtemberg, le prince royal et les autres personnages présents à la fête, du concours qu'ils avaient prêté à la solennité. A deux heures, un dîner de trois cents couverts a été servi dans le manége, et le soir, huit cents étudiants s'y sont donné rendez-vous pour nouer les liens, si souvent brisés en Allemagne, d'une union fraternelle.

— Pour donner une idée des *diplômes d'honneur* délivrés par les Universités allemandes dans des circonstances solennelles, nous reproduisons ici le texte de celui qui a été envoyé à notre savant collaborateur M. Édouard Laboulaye :

Digitized by Google

QUOD DIVINUM NUMEN FELIX FAUSTUMQUE ESSE JUBEAT

CLEMENTISSIME INDULGENTE

SERENISSIMO ET POTENTISSIMO

DOMINO

GUILIELMO

REGE WURTTEMBERGIÆ,

RECTORE UNIVERSITATIS MAGNIFICO

ERN. CHRISTIANO F. WALZ

PHILOSOPHIÆ DOCTORE ET PROFESSORE PUBLICO ORDINARIO,

VENIAM LARGIENTE EA, QUA POLLET, POTESTATE A REGE CONCESSA

CANCELLARIO UNIVERSITATIS MAGNIFICO

CAROLO GEORG. DE WÆCHTER

ORD. REG. CORON. WURTTEMB. COMMENDATORE,

PHILOSOPHIÆ ET JURIS UTRIUSQUE DOCTORE,

DECANO

AUGUSTO LUDOVICO REYSCHER

JURIS UTRIUSQUE DOCTORE ET PROFESSORE PUBLICO ORDINARIO,

PROMOTORE

AD HUNC ACTUM LEGITIME CONSTITUTO

LEOPOLDO AUGUSTO WARNKOENIG

ORDINIS LEOPOLDI BELGICI EQUITE

JURIS UTRIUSQUE DOCTORE ET PROFESSORE PUBLICO ORDINARIO, etc., etc

ORDO FACULTATIS JURIDICÆ

VIRUM PRÆNOBILISSIMUM ATQUE DOCTISSIMUM

EDUARDUM LABOULAYE, PARISIENSEM,

ACADEMIÆ REGIÆ INSCRIPTIONUM ET LITERARUM HUMANIORUM SOCIUM

ORDINARIUM EX LEGIONE EQUITUM HONORIS CRUCE DECORATORUM

TAM LIBRIS DE JURE ROMANO ET GERMANICO ERUDITISSIME ET ELEGANTISSIME SCRIPTIS PRÆCLARUM, QUAM ALTIORE JURIS ARTE ATQUE SCIENTIA, PRÆSERTIM ET LITERARIO CUM GERMANIÆ JURISCONSULTIS COMMERCIO PROMOVENDA MERITISSIMUM,

HONORIS CAUSA

IPSO DIE AULÆ UNIVERSITATIS NOVISSIME INAUGURATÆ

JURIS UTRIUSQUE DOCTOREM

CREAT,

HOC DIPLOMATE SOLEMNITER RENUNTIAT,

EIDEMQUE OMNIA JURA ET PRIVILEGIA DOCTORIS CONFERT.

TUBINGÆ,

SUB. MAJORE FACULTATIS JURIDICÆ SIGILLO.

DIE XXXI. OCT. MDCCCXLV.

Digitized by Google

— L'assemblée des États de Hanovre, dont on annonce la réunion comme très-prochaine, aura à s'occuper des matières les plus graves et les plus difficiles. Ainsi, sans parler de la question des chemins de fer qui lui sera soumise, le gouvernement est dans l'intention de lui présenter un projet d'organisation industrielle et un projet de Code de procédure ; l'un et l'autre sont d'une nécessité évidente, dans un pays où se coudoient la liberté de l'industrie et le régime des corporations, et où la procédure n'a rien de fixe ni de certain. Mais si l'on en croit la rumeur publique, les bases auxquelles s'est arrêté le gouvernement sur l'une et l'autre matière, ne permettent guère d'espérer que les lois nouvelles améliorent l'état actuel des choses. L'on parle en effet, quant à l'organisation industrielle, d'un projet qui maintiendrait en principe et étendrait à tout le royaume le régime des corporations, mais en donnant aux divers gouvernements provinciaux le droit d'accorder des concessions particulières : ce serait mettre dans la loi l'arbitraire qui, en Hanovre, n'existe déjà que trop dans la pratique. Quant au projet de Code de procédure, loin d'entrer dans la voie des réformes que réclame l'opinion publique, il ne fait, dit-on, que reproduire les règles les plus rigoureuses de l'ancien système, du système de la procédure secrète et écrite. On parle aussi, mais sans entrer dans aucun détail à cet égard, d'un projet de législation hypothécaire et d'un autre projet de loi sur les irrigations et les desséchements. Nous ferons connaître les résultats de ces délibérations.

Digitized by Google

DE L'ORGANISATION
DE LA FAMILLE A ATHÈNES.

(Suite et fin [1].)

CHAPITRE V. — DE LA MAJORITÉ.

Plus hâtive pour le jeune homme soumis à l'autorité d'un tuteur, la majorité arrivait à vingt ans pour celui qui avait conservé son père. C'était l'époque aussi où il acquérait le droit de participer au pouvoir politique, en votant dans les assemblées de la nation. Parvenu à cet âge, le fils devenait indépendant, et capable par lui seul de tous les actes de la vie civile. Rien n'autorise à penser qu'il fût obligé de consulter son père pour se marier. Il pouvait l'appeler en justice sans une permission du magistrat, s'il avait avec lui quelque discussion d'intérêt. Bien plus, quoique les mœurs y répugnassent hautement, la loi n'interdisait pas au fils d'intenter une accusation publique contre son père, à raison d'un crime commis envers un tiers [2]. C'était là, sans doute, une suite de cette égalité sans bornes à laquelle la démocratie avait donné naissance.

La majorité, toutefois, en venant dissoudre les liens civils qui attachaient le fils à son père, laissait subsister ceux qui se rapportaient au droit naturel, ou bien encore au culte des dieux. Le chef de famille, à Athènes, selon l'usage des peuples antiques, était investi d'une sorte de sacerdoce. A certains jours déterminés, il réunissait tous ses descendants, et il offrait, en leur nom, des sacrifices aux dieux domesti-

[1] Voyez plus haut, page 129.
[2] Platon, *Eutyphron*, p. 15.

Digitized by Google

ques [1]. Le père, tombé dans le besoin, devait être nourri par ses fils ; il en était de même de la mère et des autres ascendants [2]. L'enfant qui aurait négligé d'accomplir spontanément ce devoir, était passible d'une peine extrêmement grave dans un gouvernement populaire : la dégradation civique pouvait être prononcée contre lui, sur la demande de tout citoyen. On avait pensé avec raison que l'homme assez dénaturé pour laisser languir dans la misère les auteurs de ses jours, serait également un fils ingrat envers la patrie que les anciens révéraient, on le sait, comme une mère commune.

L'obligation pour le fils de fournir des aliments à son père cessait pourtant, d'après les lois de Solon, quand le père avait coopéré lui-même au déshonneur de son enfant, ou encore s'il avait négligé de lui faire apprendre un état [3]. Cependant, dans chacun de ces cas, l'enfant devait rendre à son père les honneurs funèbres, toujours si sacrés dans les idées des anciens. Les filles, elles aussi, étaient tenues de nourrir leurs parents pauvres; mais il fallait, pour cela, qu'elles n'eussent pas de frères capables de satisfaire à cette obligation. Eux seuls autrement eussent dû la remplir, puisqu'ils étaient appelés à la succession paternelle de préférence à leurs sœurs.

CHAPITRE VI. — DE L'INTERDICTION.

Quand l'âge ou la maladie étaient venus affaiblir l'intelligence d'un citoyen, ses fils pouvaient demander à l'archonte d'être investis de l'administration de ses biens [4]. Le même droit, en l'absence d'enfants, appartenait au plus

[1] Isée, *Succession de Ciron*, p. 276.
[2] Isée, *ibid.*, p. 282.
[3] Plutarque, *Vie de Solon*, § 30.
[4] Aristophane, *Nuées*, p. 170.

*

Digitized by Google

proche parent, héritier présomptif. L'interdit, du reste, aussi bien que chez nous, ne perdait pas la propriété de ses biens; il existait des règles spéciales qui déterminaient leur mode de gestion. L'envoyé en possession n'avait pas le droit de les aliéner sans l'autorisation de l'archonte. Pour la location des immeubles, il devait également requérir l'intervention du magistrat, comme cela avait lieu en cas de tutelle.

Le prodigue qui, par de folles dépenses, avait dissipé le patrimoine de ses pères, était l'objet, dans le droit attique, d'une espèce particulière d'interdiction beaucoup plus rigoureuse que la première. Non-seulement on lui enlevait la jouissance de ses biens, il était frappé, en outre, d'infamie légale, et exclu par suite de toute participation aux droits de cité et de famille[1]. Cette peine, qu'avait fait établir le désir de la conservation des familles, était aussi une garantie pour les autres citoyens; car il était naturel de craindre que le dissipateur ne voulût troubler l'État, pour rétablir, au moyen des dissensions civiles, la fortune qu'il avait perdue. La vengeance de la loi, dans ce cas, ne cessait pas entièrement devant la tombe, il était défendu que le corps du prodigue fût inhumé dans les lieux de sépulture consacrés à ses ancêtres.

CHAPITRE VII. — DE LA TUTELLE DES MINEURS.

La tutelle est une institution du droit des gens : quand un orphelin, vu son âge trop tendre, n'est pas en état de veiller lui-même à ses intérêts, il est naturel, il est indispensable que le pouvoir public vienne à son aide et lui désigne un protecteur; mais, si la tutelle des mineurs se retrouve ainsi chez tous les peuples, l'événement qui lui donne nais-

[1] Eschine, c. Timarque, p. 253.

Digitized by Google

sance n'est pas partout le même. Là où les femmes ne possèdent aucune influence dans la société civile, le décès de la mère n'affaiblit en rien le pouvoir paternel et ne peut faire naître la tutelle : la mort du père produit seule cet effet. Tel était le droit d'Athènes et de Rome. Dans le nôtre, au contraire, le législateur voit dans la perte de la mère une diminution des garanties qui environnaient l'enfant ; et, s'il conserve au père l'autorité que la nature lui a donnée, c'est à la condition qu'il l'exercera dorénavant en se conformant aux prescriptions imposées au tuteur.

§ 1. — Désignation du tuteur.

La désignation du tuteur peut être faite directement par la loi, ou bien encore elle peut déléguer ce soin, soit aux magistrats ou aux parents du pupille, soit au père dont la mort donne ouverture à la tutelle. De là, trois espèces de tutelles : la tutelle testamentaire, la tutelle légitime et la tutelle dative.

Le droit attique admettait ces trois sortes de tutelles, comme le nôtre et celui des Romains. Il est même à remarquer qu'il suivait, pour la préférence à établir entre elles, une progression identique. La tutelle dative ne venait qu'après la tutelle légitime, et celle-ci, à son tour, devait céder le pas à la tutelle testamentaire. Le Code civil, on le sait, consacre aussi cet ordre, sauf toutefois les modifications contenues aux art. 390 et 400.

Le testament du père, par lequel il disposait avant de mourir de la tutelle de ses enfants, était fait dans les formes usitées à Athènes pour cette espèce d'actes. Il ne pouvait désigner comme tuteur un étranger. Les femmes étaient également incapables de gérer la tutelle, et il n'existait au-

Digitized by Google

cune exception, à cet égard, en faveur de la mère. On choisissait habituellement le tuteur parmi les parents du pupille, mais cela n'était pas nécessaire. La loi permettait de nommer à la fois plusieurs tuteurs, et le père, à ce qu'il paraît, usait assez fréquemment de ce droit [1]. On regardait sans doute comme avantageuse pour le mineur la surveillance mutuelle que les tuteurs, en ce cas, devaient naturellement exercer les uns sur les autres. Malgré l'absence de documents positifs, la tutelle était, je crois, une charge publique qu'il n'eût pas été permis de refuser sans motifs légitimes.

Bien qu'il fût défendu au père de disposer de ses biens au préjudice de ses fils, nous voyons cependant, par le testament du père de Démosthène, qu'on lui permettait de léguer aux tuteurs qu'il nommait la jouissance d'une portion de sa fortune, pendant la minorité de l'enfant. C'était une indemnité pour les soins que la tutelle devait leur demander.

Si le père avait négligé de désigner un tuteur, la tutelle était dévolue de plein droit au plus proche parent dans le sens légal, c'est-à-dire à celui qui eût été appelé à recueillir la succession de l'enfant. Lorsqu'il se rencontrait plusieurs parents de même degré, ils devenaient tuteurs en commun. Le plus proche parent toutefois, pour profiter de la faveur de la loi, devait être parvenu à la majorité entière, c'est-à-dire à l'âge de vingt ans. Quand il atteignait cet âge avant la fin de la tutelle, celle-ci, je le pense du moins, ne lui était pas rendue, dès là qu'il ne s'était pas trouvé capable de l'exercer lors de son ouverture.

Diogène Laërce, auteur d'une histoire des philosophes, dit formellement, dans la *Vie de Solon*, que ce législateur, pour

[1] Démosthène, c. Aphobos, p. 450. Démosthène avait reçu pour tuteurs deux parents pris dans chacune des deux lignes, auxquels son père avait adjoint un de ses amis étranger à la famille.

Digitized by Google

veiller à la sûreté du pupille, avait voulu que l'héritier présomptif fût nécessairement exclu de la tutelle. C'est là, à mon estime, une erreur démentie par les divers monuments du droit attique, et spécialement par les plaidoyers d'Isée, si importants pour la matière des successions et des tutelles. La réunion de la qualité de tuteur à celle d'héritier tenait, d'ailleurs, à l'idée de conservation des biens dans les familles qui dominait la législation d'Athènes; et, partout où l'on s'est attaché au même point de vue, l'on a fait marcher de front l'hérédité et la tutelle. Telle était la loi du moyen âge, telle fut également celle de Rome. Sans doute, la supposition inexacte de Diogène Laërce aura pris naissance dans la distinction faite par Solon entre la garde de la personne du pupille et les fonctions ordinaires du tuteur; sans doute le plus proche parent, en obtenant la tutelle, n'enlevait pas à la mère le droit de veiller par elle-même à l'éducation de ses enfants. J'inclinerais même à penser qu'en la supposant décédée, la garde du mineur était remise par l'archonte à un parent maternel.

Pour que la protection de la mère ne pût jamais faire défaut au mineur, il lui était défendu d'épouser le tuteur, à moins que le père ne l'eût ordonné ainsi dans son testament. Mais le droit d'Athènes n'interdisait pas le mariage entre le tuteur et sa pupille [1], comme le faisait celui de Rome, tant que le compte de tutelle n'avait pas été rendu. Une semblable défense eût contrarié la prévision générale de la loi qui attribuait comme épouse la fille héritière à son parent le plus proche, investi par cela même à son égard de la tutelle légale.

La tutelle dative, très-ordinaire chez nous où les seuls ascendants deviennent tuteurs de droit, devait, au contraire,

[1] Isée, *Succession de Philoctémon*, p. 328.

Digitized by Google

être rare à Athènes, puisqu'elle supposait l'absence d'héritiers, et que le droit de succession existait indéfiniment en faveur des agnats. Elle était déférée par l'archonte éponyme, chargé spécialement, nous le savons, de tout ce qui concernait l'intérêt des familles.

§ 2. — Administration du tuteur.

C'est une règle commune aux législations diverses de limiter les pouvoirs du tuteur, de telle sorte qu'il puisse protéger son pupille, sans avoir cependant les moyens de lui nuire. Le Code civil, pour atteindre ce but, a organisé avec bonheur un ensemble de mesures ingénieuses. En prescrivant la nomination d'un subrogé-tuteur, il a placé de plus, à côté du tuteur, un surveillant officiel destiné à contrôler la gestion de ce dernier. Les lois d'Athènes aussi tendaient au même résultat, mais elles n'avaient pas montré la même prévoyance. Nulle part on ne voit, par exemple, qu'elles aient ordonné, lors de l'ouverture de la tutelle, de dresser l'inventaire et le règlement de dépenses commandés par les art. 451 et 454 du Code civil. Le tuteur, il est vrai, était obligé de restituer au mineur tous les biens qu'il avait trouvés en prenant la tutelle, avec la portion des revenus qu'il ne justifiait pas avoir employée dans l'intérêt du pupille; mais on conçoit facilement combien il était souvent difficile, au bout d'un grand nombre d'années, de connaître avec exactitude, en l'absence de renseignements précis, les sommes qui devaient, à ce titre, entrer dans son compte.

Chargé d'administrer la fortune du pupille, le tuteur avait le droit de vendre, de sa pleine autorité, les meubles et les esclaves qui en faisaient partie [1]. Malgré le goût des Athé-

[1] Démosthène, c. Aphobos, p. 452.

Digitized by Google

niens pour les spéculations commerciales, malgré l'exiguité de leur territoire, on regardait comme le propre d'un administrateur prudent de retirer du commerce les fonds du mineur pour les placer en terres et en maisons [1]. Relativement aux immeubles, les pouvoirs du tuteur étaient beaucoup plus restreints. L'archonte, en ce qui les concernait, n'intervenait pas seulement dans les aliénations, pour lesquelles son consentement était exigé; il devait encore participer à leur location : celle-ci avait lieu aux enchères devant son tribunal [2]. Il n'eût pas été permis au tuteur de les exploiter par lui-même.

Quand il y avait à la fois plusieurs tuteurs, ils formaient une sorte de conseil, et leur administration s'étendait collectivement à tous les biens du pupille, à moins que le père, par ses dernières volontés, n'en eût disposé d'une autre manière. Sans doute, s'il survenait entre eux quelque dissentiment relativement aux mesures utiles au mineur, la majorité l'emportait; peut-être aussi alors avait-on recours à l'intervention de l'archonte. Si l'un des tuteurs eût eu contre le pupille un droit à faire valoir, son action eût été valablement dirigée contre son cotuteur.

Comme il n'existait pas de subrogé-tuteur, on donnait à l'archonte et même à tous les citoyens le pouvoir de contrôler la gestion de la tutelle. Chaque Athénien, en cas de négligence du tuteur, était autorisé à exercer en son propre nom les actions civiles appartenant au pupille [3]. Probablement, dans ce cas, quand le demandeur obtenait gain de cause, il y avait chose jugée en faveur du mineur; mais s'il eût, au contraire, perdu le procès, l'action pouvait de nou-

[1] Démosthène, c. Nausimaque et Xénophite, p. 514.
[2] Isée, *Succession de Philoctémon*, p. 336.
[3] Id., *Succession d'Hagnias*, p. 427.

Digitized by Google

veau être intentée par le mineur; autrement la faculté pour les étrangers d'agir en son nom eût dû souvent lui devenir funeste. Si le pupille recevait quelque injure de la part d'un tiers, l'archonte devait citer directement le coupable devant son tribunal, et le même droit appartenait également à tout citoyen. L'outrage envers un pupille était puni d'une peine arbitraire, au choix de l'accusateur et des juges. Cette peine, toujours sévère dans l'esprit des lois de Solon, pouvait aller jusqu'à la mort quand il s'agissait d'un attentat à la pudeur commis avec violence [1]. Les abus d'autorité de la part du tuteur et ses malversations étaient réprimés de la même manière. Indépendamment de la peine criminelle qui venait l'atteindre en ce cas, sa destitution était prononcée par l'archonte, soit d'office, soit sur la dénonciation d'un parent ou d'un ami [2].

De peur que la surveillance des tiers ne devînt moins active à raison des difficultés pécuniaires qui en entraveraient l'exercice, les actions dirigées dans l'intérêt des mineurs étaient dispensées des consignations préalables usitées dans la procédure athénienne [3]; mais la faveur si grande accordée aux pupilles n'allait pas jusqu'à faire exempter leurs biens de la contribution aux charges publiques. Le tuteur était tenu de les acquitter en leur nom. On sait combien le système d'impôts en vigueur à Athènes était onéreux pour les riches, puisque la contribution foncière était proportionnelle et s'attaquait souvent au capital lui-même : aussi les tuteurs de Démosthène, dans une occasion pressante, avaient-ils été obligés d'abandonner à l'État le cinquième de ses biens [4].

[1] Eschine, c. Timarque, p. 252.
[2] Isée, *Succession d'Hagnias*, p. 434.
[3] Isée, *ibid.*
[4] Démosthène, c. Aphobos, p. 467.

Digitized by Google

§ 3. — De la fin de la tutelle.

La tutelle se terminait de bonne heure dans le droit attique, puisque, dès l'âge de seize ans, le mineur, affranchi de tout lien, était placé à la tête de sa fortune dont il pouvait dorénavant disposer à son gré. Après avoir subi des épreuves civiques, il recevait les comptes de ses tuteurs, et il avait la faculté de les poursuivre en justice, s'ils avaient dilapidé ses biens. Démosthène, âgé seulement de dix-sept ans, commença sa carrière oratoire en attaquant ses anciens tuteurs qu'il fit condamner, malgré leurs intrigues, à des dommages et intérêts considérables. Loin d'avoir besoin, comme chez nous, pour se marier, du consentement de sa mère restée veuve, le jeune homme de seize ans acquérait, au contraire, sur elle un droit de tutelle. Rappelons cependant que la majorité politique était toujours retardée jusqu'à l'âge de vingt ans.

Les prescriptions relatives au compte de tutelle se rapprochaient beaucoup de notre jurisprudence. Destiné à présenter un tableau général des opérations du tuteur, cet acte devait offrir la preuve, à la fin de la tutelle, des valeurs de toute nature échues au mineur pendant sa durée. Si le tuteur avait laissé, sans les placer, des sommes appartenant au mineur, il était obligé d'en payer l'intérêt légal fixé, nous l'avons dit, à un pour cent par mois. Pour faciliter la reddition ultérieure de ses comptes, il avait dû, dès le commencement de sa gestion, tenir des registres détaillés.

Rien n'indique que le compte de tutelle fût rendu en justice, et qu'il fût soumis par suite à l'approbation de l'archonte. L'intérêt du pupille devenu majeur paraissait suffisamment garanti par le droit qu'il avait d'appeler ses tuteurs devant les tribunaux, s'il croyait avoir lieu de s'en plaindre.

Digitized by Google

Pour être valablement intentée, sa demande devait être exercée dans le délai de cinq ans, terme ordinaire de la prescription à Athènes [1]. Ainsi, dès l'âge de vingt-un ans, le jeune homme précédemment en tutelle était privé de toute action. On aurait dû craindre, ce semble, que, dans un âge aussi tendre, il ne fût trompé par les artifices de ses tuteurs, ou bien encore que la timidité ne l'empêchât d'agir; mais cet inconvénient ne paraît pas avoir frappé les esprits. L'on se confiait au goût inné des Athéniens pour les luttes du barreau qui faisait de ce peuple, à vrai dire, une nation de plaideurs et de juges [2].

De même que la femme mariée pour la restitution de sa dot, le pupille avait, sur les biens de ses tuteurs, une hypothèque légale destinée à le protéger contre l'abus de leur pouvoir. Cette hypothèque prenait rang, comme chez nous, du jour de l'ouverture de la tutelle, et l'emportait sur tous les droits réels nés ultérieurement [3]. L'hypothèque semble avoir toujours existé à Athènes, elle qui eut tant de peine à s'introduire à Rome, où le gage, plus matériel, fut longtemps seul connu. C'est une chose digne de remarque et qui prouve l'esprit ingénieux des Athéniens, qu'ils aient inventé cette combinaison juridique si utile qui, sans enlever au propriétaire la possession de la chose, constitue sur elle, au profit d'un tiers, un droit purement intellectuel. L'hypothèque, au reste, ne pouvait appartenir à un étranger incapable d'acquérir aucun droit sur le sol de l'Attique. J'ai déjà fait remarquer que les meubles, aussi bien que les immeubles, étaient susceptibles d'hypothèque.

[1] Démosthène, c. Nausimaque et Xénophite, p. 515.
[2] Aristophane, *Guêpes*, p. 230.
[3] Démosthène, c. Onetor, p. 470.

Digitized by Google

CHAPITRE VIII. — DE LA TUTELLE DES FEMMES.

La tutelle perpétuelle à laquelle les femmes furent soumises à Athènes n'est pas particulière à cette cité : partout, dans l'antiquité, quand la civilisation est encore imparfaite, la même institution existe. On la retrouve également au moyen âge, dans la législation des peuples barbares qui avaient envahi l'empire romain. Dans un état social encore rude et primitif, les droits reposent principalement sur la force, et, par une conséquence de la grossièreté des mœurs, ceux de la femme s'atténuent sensiblement. Il est naturel alors qu'elle ne soit jamais indépendante, qu'elle subisse, à toutes les époques de sa vie, la domination du sexe le plus fort.

Les Romains, on le sait, avaient aussi admis la tutelle des femmes au profit de leur agnat le plus proche. Cette règle resta longtemps en vigueur ; mais, quand des idées plus adoucies furent venues remplacer l'antique sévérité patricienne, la tutelle des femmes cessa d'être en harmonie avec la tendance des esprits et les besoins de la société : elle ne disparut pourtant que lentement et par degrés. Bien avant sa chute complète, les jurisconsultes, habitués à corriger par des fictions subtiles les aspérités de l'ancien droit, avaient su éluder ses effets, tout en paraissant la respecter en apparence. Cicéron leur en fait le reproche immérité sans doute, quand il croit conforme au besoin de sa cause d'immoler la jurisprudence au prétendu bon sens populaire. *Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt : hi invenerunt genera tutorum quæ potestate mulierum continerentur* [1]. L'affranchissement de la tutelle des agnats était une suite nécessaire de l'abrogation

[1] *Pro Murena*, § 27.

Digitized by Google

par l'usage de la *manus* maritale. Il eût répugné à la raison que la femme, affranchie du pouvoir de son époux, fût tombée nécessairement sous celui d'un parent éloigné. Aussi, dès le temps de Gaius, la tutelle des femmes, quoiqu'elle subsistât encore en principe, était-elle une de ces institutions vieillies qui ont perdu leurs effets sérieux, et dont la raison d'existence commence à disparaître des souvenirs [1].

Il n'en fut pas de même à Athènes, où la tutelle des femmes ne cessa jamais de s'exercer avec toute sa rigueur. C'est qu'en effet la condition faite aux femmes athéniennes par les mœurs nationales fut de beaucoup inférieure à celle qu'elles obtinrent à Rome. Rome, en cette matière comme en beaucoup d'autres, eut la gloire de deviner en quelque sorte les idées modernes et chrétiennes. Dès le temps de la république, les femmes remplirent souvent un rôle important dans la famille et dans l'État. Sauvée par Véturie des fureurs de Coriolan, la cité reconnaissante avait élevé, presqu'à son origine, un autel au génie de la femme. L'établissement de l'empire ne fit qu'augmenter singulièrement cette influence, en substituant aux orages du Forum les intrigues et les révolutions du palais. Chez les Athéniens, au contraire, on n'aperçoit aucun progrès dans la position morale des femmes. Renfermées dans l'appartement le plus reculé de la maison, elles vivaient entre elles, comme le font encore aujourd'hui les femmes en Orient [2]; elles ne pouvaient, sans

[1] Gaius, *Comm.* I, § 190, 191.

[2] Cornelius Nepos, dans la préface de son ouvrage, remarque la différence sensible existant entre les mœurs de Rome et celles d'Athènes relativement à la condition des femmes. « Contra ea pleraque nostris moribus sunt decora quæ apud illos turpia putantur. Quem enim Romanorum pudet uxorem ducere in convivium, aut cujus materfamilias non primum locum tenet ædium

Digitized by Google

blesser la décence, prendre part avec les hommes aux joies d'un festin. Même au milieu de l'allégresse des fiançailles, nous apprenons par Euripide [1] cette particularité curieuse, qu'il y avait pour les femmes un repas particulier présidé par la mère de la nouvelle épouse. Seules, les femmes de mœurs impures, les courtisanes, participaient au mouvement de la société et des idées. Grâce à la licence générale, les hommes les plus illustres de la république ne se faisaient pas scrupule de venir dans leurs salons se livrer aux charmes d'une conversation tour à tour enjouée ou sérieuse [2]. La femme honnête, privée des plaisirs de l'intelligence, devait se consacrer exclusivement aux soins du ménage, et fuir soigneusement les entretiens de tout homme qui n'était pas son frère ou son époux. Évidemment, cet isolement des femmes en dehors des relations sociales qui font le charme de la vie, devait contribuer puissamment à rendre les esprits plus inquiets et plus durs. Nous n'hésitons pas à lui rapporter en partie et les discordes incessantes, et les agitations fébriles qui produisirent, au sein de la république d'Athènes, tant de crimes et tant de malheurs.

La corruption des mœurs, parvenue à un point que l'on ne peut énoncer sans rougir, fut sans doute la cause dominante de l'avilissement des femmes chez un peuple aussi spirituel, aussi bien fait, ce semble, pour comprendre les grâces délicates de leur esprit. L'amour, ce sentiment si noble quand il a conservé sa pureté primitive, avait cessé

atque in celebritate versatur? Quod multo fit aliter in Græcia. Nam neque in convivium adhibetur nisi propinquorum, neque sedet nisi in interiore parte ædium quæ *gyneconitis* appellatur, quo nemo accedit nisi propinqua cognatione conjunctus. »

[1] *Iphigénie en Aulide*, p. 36.

[2] Platon, *Ménexène*, p. 189.

Digitized by Google

de s'exercer à leur profit. Des liaisons impures que la nature abhorre avaient seules le privilége d'exciter cette passion. En vain les lois, moins mauvaises que les mœurs, frappaient-elles de dégradation civique et d'infamie légale le malheureux qui s'était laissé corrompre[1] : le torrent de ce vice odieux semble avoir emporté tous les cœurs. Pour en cacher l'ignominie, on avait soin, il est vrai, de le dissimuler sous des dehors honnêtes. L'amour, disait-on, dans les âmes bien nées, se réduit au culte désintéressé de la beauté. Il est éminemment favorable à la vertu, en donnant au jeune homme qui fait son entrée dans la vie un guide enthousiaste et dévoué qui devra diriger son inexpérience et le préserver des atteintes des plaisirs[2]. Mais, hélas! sous des noms si beaux, que de turpitudes venaient s'abriter! Platon, qui lui aussi veut réduire à l'idéal pur l'amour tel qu'il le comprend, avoue la difficulté de l'entreprise, et nous fait voir par là la grandeur du mal[3]. Pour purifier la nature humaine de ces souillures, pour attacher à ce crime l'infamie qu'il mérite, il fallait la sainte morale du Christ et les rudes expiations du martyre.

§ 1. — Quelles personnes exerçaient la tutelle des femmes.

Les lois qui, à diverses époques, ont placé les femmes en état de tutelle, ont toujours désigné pour tuteur le parent le plus proche, héritier présomptif. Mieux qu'aucun autre, ce parent est sollicité par son intérêt à veiller à la conservation des biens de la femme, et le lien du sang qui l'unit à celle-ci rend moins extraordinaire la surveillance qu'il est

[1] Eschine, c. Timarque, p. 252.

[2] Eschine, c. Timarque, p. 263. Plutarque, *De l'éducation des enfants*, p. 56, traduction de Ricard.

[3] *Lois*, liv. VIII, p. 110.

Digitized by Google

appelé à exercer sur sa personne. La tutelle de la femme, à Athènes, revenait de droit à celui qui aurait recueilli sa succession, en cas de décès de sa part. Quand ce citoyen n'était pas encore parvenu à sa majorité, on conférait la tutelle au parent le plus proche après lui, en attendant qu'il eût atteint sa vingtième année. Il en était nécessairement de la sorte, lorsque la qualité d'héritier présomptif appartenait à une femme; enfin, s'il y avait plusieurs parents du même degré, ils exerçaient la tutelle en commun, comme cela avait lieu, nous l'avons vu, relativement aux pupilles.

Par suite de cette liaison perpétuelle entre le droit de tutelle et celui de succession, le fils, après la mort du père, était constitué par la loi tuteur de sa mère : on faisait même exception en sa faveur aux règles ordinaires sur l'âge compétent, puisqu'il prenait cette tutelle à seize ans [1]. Non-seulement il administrait les biens de sa mère, mais encore il avait autorité sur sa personne ; c'était lui qui désignait son second époux, si le père, en mourant, ne l'avait pas léguée à un autre. Je ne crois pas cependant qu'il pût lui imposer un mari malgré elle, comme cela avait lieu pour la fille mariée par son père.

Cette puissance du fils sur sa mère, si contraire à nos idées de respect filial, est commune pourtant à tous les peuples qui ont fait prédominer, dans l'organisation de la famille, le principe d'unité et de hiérarchie. On la rencontre encore aujourd'hui dans les familles souveraines, où la raison politique fait disparaître en quelque sorte les rapports naturels [2]; elle remontait, du reste, chez les Grecs à la plus haute anti-

[1] Démosthène, c. Stéphanos, p. 602.

[2] On se rappelle le décret récent d'Isabelle II, reine d'Espagne, qui autorise le mariage de la reine Christine, sa mère, avec Munoz, duc de Rianzarès.

Digitized by Google

quité. Pénélope, dans l'*Odyssée* d'Homère, doit le respect et l'obéissance à Télémaque. C'est à ce dernier à commander dans le palais de son père que l'on croit descendu dans la tombe; c'est à lui de rendre la dot de sa mère et de lui ordonner de prendre un autre époux [1].

Quand la femme n'avait pas de fils, la tutelle appartenait à son père; à défaut du père, elle était dévolue à ses frères; à défaut de frères, à son aïeul; enfin, à défaut de ce dernier, aux collatéraux les plus rapprochés. Il faut seulement remarquer que les parents de la ligne paternelle l'emportaient toujours sur ceux de la ligne maternelle jusqu'au sixième degré inclusivement, de telle façon qu'un frère utérin ne venait qu'après un petit-cousin paternel pour la tutelle comme pour la succession. A défaut de parents en degré utile, l'archonte désignait le tuteur. Les pouvoirs du tuteur de la femme lui étant attribués personnellement par la loi, il ne pouvait les transmettre à un tiers en vertu d'un testament. Cette règle de droit recevait exception néanmoins, relativement au père qui avait la faculté de disposer de cette manière de la tutelle de sa fille [2].

Le mari, pendant le mariage, exerçait sur sa femme, nous l'avons vu précédemment, une autorité dont les résultats étaient analogues à ceux de la tutelle. Indépendamment des droits qu'il avait sur sa personne, il administrait ses biens avec des pouvoirs très-étendus; cependant, il ne semble pas que l'autorité maritale rendît complétement inutiles les attributions des tuteurs de la femme. Ceux-ci, en effet, du moins quand il s'agissait de ses proches parents, c'est-à-dire de son père, de ses frères ou de son aïeul, ne cessaient pas,

[1] Chant. II, v. 113.

[2] Isée, *Succession de Philoctémon*, p. 328.

Digitized by Google

nonobstant le mariage, de conserver à son égard un droit de protection et de surveillance. En cas de négligence du mari, ils étaient autorisés à intenter devant les tribunaux les actions appartenant à la femme[1]; ils devaient veiller à la conservation de sa dot contre les créanciers du mari : ils auraient eu également qualité pour faire condamner ce dernier à l'amende, en supposant qu'il eût maltraité l'épouse, condamnation, du reste, que l'archonte alors avait la faculté de prononcer d'office. Bien plus, comme nous l'avons dit, des passages de Démosthène et d'Isée paraissent prouver que, dans quelques circonstances graves, le père ou les frères pouvaient retirer la femme à son mari et la donner pour épouse à un autre homme.

§ 2. — Quels étaient les pouvoirs des tuteurs de la femme.

C'était une conséquence de la retraite absolue dans laquelle les femmes vivaient à Athènes, qu'elles ne pussent veiller par elles-mêmes à l'administration de leurs biens : ce droit était remis à leur tuteur, investi, à cet égard, des pouvoirs qui appartenaient au tuteur d'un pupille. Il percevait leurs revenus, il les représentait en justice, il aliénait valablement leur mobilier ; mais il ne pouvait disposer des immeubles sans l'autorisation de l'archonte.

Les droits du tuteur, relativement à la personne de la femme, sont plus difficiles à déterminer d'une manière exacte. Je crois qu'il faut faire à ce sujet une distinction entre les parents proches, le père, les frères et le grand-père, et les parents plus éloignés. Les premiers disposaient des revenus de la femme comme ils l'entendaient, ils pou-

[1] Si la femme en tutelle était héritière, les tiers eux-mêmes avaient le droit d'exercer ses actions dans son intérêt. Isée, *Succession de Pyrrhus*, p. 269.

Digitized by Google

vaient la contraindre à demeurer avec eux; enfin, ils la mariaient à leur gré, sans qu'il fût nécessaire de consulter sa volonté. L'autorité des seconds était plus restreinte : lors même que la femme en tutelle n'était pas héritière, le tuteur avait toujours la faculté, s'il le voulait, de la prendre pour épouse[1]; mais, s'il n'usait pas de son droit, il ne lui était pas permis de la marier à qui bon lui semblait. L'archonte, protecteur des familles, était appelé à ratifier l'union projetée.

Je croirais également que le tuteur de ce degré n'eût pu obliger d'habiter avec lui la femme placée sous sa tutelle, en supposant qu'elle fût encore vierge ou qu'elle fût devenue veuve. Mais la femme ne recouvrait pas pour cela le pouvoir d'administrer ses biens; le tuteur touchait ses revenus qu'il lui remettait ensuite.

CHAPITRE IX. — DES RELATIONS DE FAMILLE ENTRE LES COLLATÉRAUX.

Le lien de la famille, à Athènes, reposait presque exclusivement sur l'agnation. C'est un fait, du reste, que l'on retrouve partout chez les autres peuples, au commencement de la civilisation. La parenté par les mâles est seule prise en considération, seule elle possède en elle-même un principe de perpétuité et de durée; celle qui provient des femmes est trop fragile et trop variable pour qu'elle produise dans les lois des effets importants. Chaque citoyen, d'ailleurs, doit épouser en toute circonstance les intérêts de la famille dont il fait partie; la solidarité entre les membres d'une même famille, le secours, l'assistance mutuelle qu'ils se doivent, sont un des principaux éléments de l'organisation sociale d'alors. Il répugnerait, par suite, que le même homme pût appartenir à la fois à deux familles distinctes. Comment ac-

[1] Démosthène, c. Stéphanos, p. 602.

Digitized by Google

corderait-il un entier dévouement à chacune d'elles? et, si elles entrent en conflit, pour laquelle des deux sa préférence se déterminerait-elle?

En examinant les règles du droit attique relatives aux tutelles, aux adoptions, aux mariages, nous avons eu déjà l'occasion de signaler un grand nombre des rapports juridiques produits par la parenté collatérale. Il nous reste à parcourir, à cet égard, les droits de succession *ab intestat*, et aussi certaines relations de famille plus éloignées de nos mœurs concernant la religion et le soin des funérailles.

§ 1. — Des successions collatérales.

Chez les Romains, on se le rappelle, le droit de succession collatérale fut réduit longtemps aux agnats. Ce fut assez tard, en effet, que la jurisprudence prétorienne fit, des parents de la ligne féminine, un ordre particulier qui, sous le titre de cognats, put venir à l'hérédité à défaut de parents de la ligne paternelle; mais il ne semble pas qu'à l'origine les femmes, quand elles pouvaient invoquer le lien de l'agnation, aient été exclues des successions à raison de leur sexe. Comme le mariage à cette époque emportait toujours avec lui la *manus*, et qu'il était dans les habitudes des Romains que les jeunes filles se mariassent de bonne heure, il devait arriver assez rarement qu'une femme recueillît une succession dans la famille de son père. L'*interprétation des prudents*, basée sur la loi Voconia qui avait interdit aux femmes de recevoir des legs, changea cet état de choses. Les mœurs commençant à repousser la *manus*, on fut frappé du danger de voir la femme prendre, dans sa famille naturelle, des biens qu'elle irait porter dans une famille étrangère, et l'on restreignit le droit de succession collatérale aux seules

Digitized by Google

sœurs de père [1]. Ainsi s'explique, je crois, cette progression de sévérité à l'égard des femmes qui nous étonne d'abord, puisqu'elle est contraire à la loi générale de l'histoire qui nous montre leur condition légale tendant à s'améliorer à mesure que la civilisation se développe et s'agrandit.

A Athènes aussi, vraisemblablement, les cognats ou parents par les femmes furent primitivement exclus entièrement des successions. Au temps de Démosthène et d'Isée, ils y étaient appelés subsidiairement dans une mesure que nous allons faire connaître. Cet adoucissement à l'ancien droit fut-il l'ouvrage de Solon, ou bien faut-il l'attribuer à Clisthène ou à Euclide, qui successivement remanièrent les lois de Solon, le premier après l'expulsion des Pisistratides, le second après la chute des trente tyrans? C'est là un point que nous n'avons pu résoudre avec les documents si imparfaits que nous possédons.

A l'exception du fils et de la fille qui recueillaient la succession de leur mère de préférence à tous autres, la ligne agnatique l'emportait, sans aucune restriction, sur la ligne féminine, dès là qu'il se rencontrait dans la première des parents au degré de petit-cousin ou cousin issu de germain : la mère elle-même ne passait qu'après ceux-ci [2]. S'il n'en existait pas, la succession était dévolue aux parents maternels; mais le droit de ceux-ci à l'hérédité s'arrêtait irrévocablement aux cousins du second degré. Faute de petits-cousins maternels, on revenait aux agnats, et, pour ces derniers, le lien du sang, quelque éloigné qu'il fût, était un titre héréditaire reconnu par la loi [3]. Enfin, à défaut d'agnats, et de cognats du sixième degré, la succession appartenait à la ré-

[1] *Paul. Sent.*, IV, 8, 22.

[2] Isée, *Succession d'Hagnias*, p. 428.

[3] Démosthène, c. Macartatos, p. 524.

Digitized by Google

publique, mère commune de tous les citoyens. Les successions athéniennes, on le voit, offrent avec celles du droit romain cette similitude, qu'elles reconnaissent aussi trois sortes d'héritiers, les héritiers siens, les agnats et les cognats. Mais il y a des différences importantes : le fils hérite de sa mère, les cognats viennent souvent avant les agnats.

L'ordre de la proximité servait, dans chaque ligne, à désigner les parents habiles à succéder, et le mode de computation des degrés était le même que chez nous. Seulement, comme le remarque M. Girand [1], il y avait plus de régularité dans les successions attiques que dans les nôtres, en ce sens que le père et l'aïeul, au lieu de former un ordre à part, venaient chacun à leur rang généalogique en tête de la souche à laquelle ils avaient donné naissance. Il en résultait que le père l'emportait sur les frères et les neveux, et l'aïeul sur les oncles et les cousins. La représentation, admise à l'infini en ligne directe, l'était aussi en ligne collatérale, mais seulement pour les neveux et petits-neveux vis-à-vis de leur oncle, frère du défunt.

Dans l'une et l'autre ligne, les femmes n'étaient pas exclues des successions collatérales; mais, comme cela avait lieu pour les successions directes, elles devaient toujours céder le pas aux mâles du même degré qu'elles. Le privilége de ceux-ci passait à leurs enfants et descendants, quand ils avaient droit à les représenter. Ainsi, les petits-enfants sortis du fils venaient avant la fille, les petits-neveux nés du frère l'emportaient sur la sœur. L'effet de la représentation, dans ce cas, était si fort, qu'il n'était pas atténué par le sexe de la personne qui en jouissait. Il en résultait cette conséquence bizarre, que la fille d'un frère était appelée à la

[1] *Revue de législation*, t. XVI, p. 121.

Digitized by Google

succession de son oncle, de préférence à sa tante, propre sœur du défunt[1]. Lors même que la représentation n'était plus admise, les mâles du degré immédiatement inférieur à la femme passaient encore avant elle : le petit-cousin, par exemple, excluait la cousine germaine, qui primait elle-même l'arrière-petit-cousin.

Le fils, nous l'avons déjà dit, étant constitué par la loi héritier nécessaire de son père, n'avait besoin d'aucune acceptation pour être mis en possession des biens de ce dernier. Il n'en était pas ainsi des ascendants et des collatéraux. Avant d'appréhender la succession, ils devaient intenter devant l'archonte une revendication judiciaire; s'il y avait plusieurs prétendants invoquant des titres opposés, chacun d'eux devait former séparément sa demande, et le magistrat prononçait en faveur de celui dont le droit était le plus apparent. Cet envoi en possession avait des résultats importants. Sans doute, il ne conférait pas à celui qui l'avait obtenu un titre définitif; il était toujours permis à des parents plus proches que lui du défunt de réclamer l'hérédité devant les tribunaux. Mais la décision de l'archonte, attribuant la possession légale de la succession, obligeait ceux qui voulaient la revendiquer contre l'héritier apparent à déposer, comme amende éventuelle, une somme égale au dixième de sa valeur[2]. Leur action, pour être reçue en justice, devait être formée dans le délai de cinq ans ; il semble cependant que l'on admettait assez facilement des dispenses arbitraires, à l'effet de prolonger la faculté d'agir[3]. C'était, à ce qu'il paraît, une question controversée que celle de savoir si l'habile à succéder transmettait son droit à ses enfants, en supposant

[1] Isée, *Succession d'Apollodore*, p. 357.
[2] Démosthène, c. Macartatos, p. 521.
[3] Isée, *Succession d'Aristarque*, p. 415.

Digitized by Google

qu'il vînt à mourir dans l'intervalle qui s'écoulait entre l'ouverture de la succession et l'envoi en possession [1].

Parmi les divers prétendants à une même succession, l'un d'eux pouvait empêcher l'archonte de prononcer l'envoi en possession, en employant une procédure particulière nommée *opposition*. La succession alors était placée sous le séquestre, et chacun de ceux qui la revendiquaient devait porter son action devant les tribunaux, en déposant la consignation du dixième. Cette forme de procéder aggravait manifestement la position des parties : aussi était-elle regardée avec défaveur comme un moyen de chicane [2]. Nous voyons, du reste, par les plaidoyers d'Isée, presque tous relatifs à des successions contestées, qu'il régnait fréquemment une grande obscurité dans les généalogies présentées par les contendants. Grâce à l'emploi illimité de la preuve testimoniale, il n'était pas rare de voir un homme audacieux et avide se fabriquer une filiation supposée, à l'aide de faux témoins. Une autre particularité remarquable de ces discours, ce sont les arguments qu'on y trouve tirés de l'intérêt personnel des juges. Souvent, dans le but de rendre sa cause favorable, celui qui doit prononcer le discours promet, s'il gagne son procès, de se rendre l'*économe* des biens qu'il réclame; nous reproduisons les expressions de l'orateur [3]; il s'engage à les dépenser en dons patriotiques, en jeux et en festins offerts à ses concitoyens. L'usage de raisonnements de cette nature donne, il faut l'avouer, une assez mince idée de la dignité et de l'impartialité des tribunaux d'Athènes.

[1] Isée, *Succession d'Hagnias*. La question du procès semble rouler principalement sur ce point.

[2] Isée, *Succession de Philoctémon*, p. 324. Démosthène, c. Léochares, p. 534.

[3] *Succession de Philoctémon*, p. 345.

Digitized by Google

L'héritier apparent, évincé par un parent plus proche, devait rendre les revenus qu'il avait touchés; mais il semble que les ventes et les hypothèques consenties par lui durant sa possession étaient valables à l'égard des tiers, en ce sens du moins que l'héritier véritable ne pouvait réclamer les biens aliénés sans rendre aux acquéreurs le prix payé par eux [1].

§ 2. — Des devoirs religieux et funèbres communs aux membres d'une même famille collatérale.

Chez les Athéniens comme chez les autres peuples de l'antiquité, la religion remplissait un grand rôle dans la constitution des familles; elle ne se contentait pas de consacrer par son intervention les actes principaux de la vie, elle avait soin encore de venir rappeler fréquemment leur origine commune à ceux qu'un même sang avait fait naître. Chaque famille, en effet, avait ses divinités particulières qu'elle honorait à certains jours par des sacrifices, où prenaient part tous les parents collatéraux unis ensemble par le lien de l'agnation : les enfants eux-mêmes assistaient à ces solennités. Y mener les siens de la part d'un père était un aveu de leur légitimité [2]. Pour subvenir aux frais des sacrifices et des repas communs qui les accompagnaient, la famille, sans doute, s'imposait une contribution volontaire; sans doute encore elle élisait périodiquement l'un de ses membres comme pontife et sacrificateur. Outre les fêtes religieuses, les familles célébraient aussi des fêtes funèbres destinées à apaiser les mânes des parents défunts.

Le culte des morts, la religion des tombeaux, étaient en

[1] Isée, *Succession de Dicéogène*, p. 308.
[2] Isée, *Succession de Ciron*, p. 376.

Digitized by Google

grande vénération parmi les anciens. L'idée de l'immortalité de l'âme humaine, obscurcie par les ténèbres du paganisme, s'était en quelque sorte réfugiée dans les hommages rendus aux cendres des aïeux. Il semblait qu'en conservant avec tout le soin possible la dépouille mortelle de ceux qui lui étaient chers, l'homme se dissimulait sa propre caducité et prolongeait d'une manière indéfinie leur passage sur la terre. Chez les Athéniens, les tombeaux étaient rarement isolés; chaque famille avait un lieu de sépulture réservé pour elle seule. On attachait une grande importance à reposer ainsi, après la mort, au milieu de ses proches, et l'une des peines les plus terribles que la loi prononçât, était de bannir le coupable du sépulcre de ses ancêtres. Dans les procès relatifs aux successions, le lieu où les parents dont on tirait son droit avaient été inhumés formait un argument pour prouver l'agnation [1]. Ajoutons que le soin de veiller aux funérailles du défunt appartenait par l'usage à l'héritier présomptif, et que, par suite, on voyait quelquefois deux personnes se disputer cet honneur [2].

Une autre relation de famille, qui portait, elle aussi, un caractère religieux, était le droit de venger la mort d'un parent devenu victime d'un crime, en poursuivant le meurtrier qui lui avait ôté la vie. Nous avons eu l'occasion d'exposer ailleurs [3] comment la loi avait chargé de cette mission les parents du défunt jusqu'au degré de petit-cousin; nous nous contenterons de rappeler que leur négligence à accuser le coupable, bien qu'elle ne fût punie d'aucune peine, eût été flétrie par l'opinion comme un acte d'impiété.

Dans ce cas, toutefois, les parents étaient légalement

[1] Démosthène, c. Macartatos, p. 526.
[2] Isée, *Succession de Ciron*, p. 385.
[3] *Revue de législation*, t. xx, p. 317.

Digitized by Google

obligés de prendre soin de la sépulture du défunt; ils devaient également accomplir à leurs dépens les cérémonies expiatoires qui avaient pour but d'enlever à l'emplacement témoin du meurtre l'espèce de souillure qui paraissait s'y être attachée. S'ils omettaient de remplir spontanément cette obligation, le démarque ou chef du bourg, après leur avoir adressé une sommation, y faisait procéder lui-même, à peine de mille drachmes d'amende. Les frais d'inhumation étaient remboursés au double par les parents qui semblent avoir été tenus solidairement de cette restitution. Faute par eux d'y satisfaire, ils étaient considérés comme débiteurs de l'État, et frappés de dégradation civique transmissible à leurs descendants jusqu'à parfait payement [1]. Quand l'auteur du meurtre était resté inconnu, on plaçait une lance sur la tombe du mort pour attester et appeler la vengeance qui tôt ou tard devait atteindre le coupable [2].

CHAPITRE X. — DES ENFANTS NATURELS.

Dans le droit athénien comme dans le nôtre, on réputait enfant naturel celui qui était né en dehors d'une union légitime contractée par ses parents. L'enfant dans cette position, quelles que fussent les circonstances qui avaient accompagné sa naissance, était toujours placé en dehors de la famille, et privé des avantages de diverse nature qu'il eût dû y trouver s'il eût été légitime. Du reste, malgré la corruption des mœurs, ou peut-être à cause de cette corruption elle-même, le nombre des bâtards, à Athènes, ne paraît pas avoir été très-considérable. On peut faire la même remarque en étudiant le droit romain : jusqu'aux empereurs de Constanti-

[1] Démosthène, c. Macartatos, p. 521.
[2] Démosthène, c. Evergos et Mnésibule, p. 611.

Digitized by Google

nople, on n'y voit guère parler des enfants naturels et de leurs droits. Le grand nombre des esclaves, dans l'antiquité, doit servir à expliquer ce silence. Les femmes de mauvaises mœurs étant habituellement esclaves, leurs enfants suivaient de plein droit la condition de leur mère, et dès lors il n'était pas besoin de dispositions particulières, en ce qui les concernait.

Le Code civil, on le sait, en réglant le sort des enfants nés hors mariage, distingue les enfants aldultérins de ceux qui sont simplement naturels. Les premiers peuvent seulement demander des aliments; quant aux seconds, ils ont sur les biens de leurs parents des droits de succession véritables. Ces droits varient selon le degré des héritiers légitimes avec lesquels ils concourent : pour les faire valoir, il faut de plus que l'enfant naturel ait été reconnu avec les formalités voulues par la loi; enfin, par rapport à la mère, la reconnaissance peut être forcée, tandis qu'elle est toujours volontaire en ce qui concerne le père. Ces distinctions diverses étaient inconnues des Athéniens. Les bâtards, adultérins ou non, avaient une condition identique; la possession d'état, la preuve testimoniale elle-même, servaient à prouver la filiation, aussi bien à l'égard du père que vis-à-vis de la mère.

On faisait, toutefois, une grande différence entre l'enfant naturel dont les parents possédaient tous deux la qualité de citoyen, et celui dont le père ou la mère étaient étrangers. Le sort de ce dernier était fort rigoureux : né d'une union réprouvée par les lois et punie d'une peine grave, étranger d'ailleurs lui-même par le vice de sa naissance, toute participation aux droits de famille et de cité lui était interdite. Il ne pouvait être question, à son égard, ni de légitimation, ni d'adoption; il ne semble pas même qu'il lui fût permis de réclamer des aliments.

Digitized by Google

Si le père et la mère de l'enfant naturel étaient Athéniens, sa condition s'adoucissait, bien qu'elle fût dure encore. Comme il ne comptait dans aucune famille, il était exclu des tribus et des phratries, et, par suite, il était privé des droits de citoyen[1]. Telle était la disposition sévère des lois de Solon remises en vigueur par Euclide. Il en résultait qu'un bâtard ne pouvait épouser une Athénienne; aussi nous voyons dans Isée que le mariage d'un citoyen avec une fille naturelle eût été regardé comme nul, et que l'on eût déclaré illégitimes les enfants qui en seraient sortis[2]. Cette séparation complète des enfants naturels avec ceux qui devaient le jour à un mariage légal, commençait dès l'enfance. Les bâtards ne devaient pas fréquenter les gymnases, où les jeunes Athéniens prenaient part avec ceux de leur tribu à ces luttes gymnastiques et guerrières en honneur parmi les anciens. Il existait pour eux un lieu d'exercice particulier que l'on nommait le Cynosarge[3].

La loi de Solon, dont Démosthène et Aristophane nous ont conservé le texte[4], après avoir établi l'ordre des successions entre les descendants et les collatéraux, dit formellement que : *les enfants naturels de l'un et de l'autre sexe ne sont point héritiers, et qu'ils n'ont part à aucun des objets sacrés ou civils de la succession.* A s'en tenir à ce texte, il semblerait qu'ils ne pouvaient faire valoir aucune espèce de droits sur la succession de leur parents; sa disposition, d'ailleurs, est d'autant plus rigoureuse qu'il ne distingue pas entre celle du père et celle de la mère, et qu'il n'établit non plus aucune différence entre les enfants nés d'une union

[1] Aristophane, *Les oiseaux*, p. 74.
[2] *Succession de Ciron*, p. 377.
[3] Plutarque, *Vie de Thémistocle*, § 1.
[4] Démosthène, c. Macartatos, p. 524. Aristophane, *Les oiseaux*, p. 74.

Digitized by Google

fortuite et ceux qui seraient sortis de ce mariage d'un ordre inférieur appelé concubinat. Cependant, il paraît résulter d'autres passages des auteurs d'Athènes, et les plaisanteries d'Aristophane contre Hercule conduisent elles-mêmes assez naturellement à cette conséquence, que les bâtards, quand leur filiation était constante, devaient prendre, à titre de pension alimentaire, une faible portion de la succession paternelle. Mais ils étaient entièrement exclus de l'hérédité des parents de leur père, et celui-ci ne pouvait leur faire de legs, en supposant même qu'il laissât pour héritiers des collatéraux[1].

Malgré cette privation des liens de la famille, l'enfant naturel, à ce qu'il paraît, quand son sexe ou son âge exigeaient qu'il fût en tutelle, recevait pour tuteurs les parents de son père, après le décès de ce dernier. Un plaidoyer d'Isée nous montre un oncle mariant la fille bâtarde de son frère dont il est le tuteur légal[2].

Une loi de Solon, rapportée par Plutarque[3], dispensait les enfants nés d'une courtisane de l'obligation de nourrir leur père parvenu à la vieillesse. Ce dernier, en leur donnant le jour, n'ayant cherché qu'un plaisir passager, il avait paru juste qu'il ne pût exiger d'eux les devoirs ordinaires de la piété filiale.

La position exceptionnelle de l'enfant naturel, en supposant toujours qu'il fût né de père et de mère citoyens, pouvait cesser pour l'avenir, s'il entrait dans une famille par la voie de l'adoption[4]. Alors, avec les droits d'un fils légitime, il acquérait ceux de la cité athénienne, à laquelle le sang qui

[1] Aristophane, *Les oiseaux*, p. 74.
[2] *Succession de Pyrrhus*, p. 268.
[3] *Vie de Solon*, § 30.
[4] Démosthène, c. Béotos, p. 541.

Digitized by Google

coulait dans ses veines lui donnait déjà un titre, imparfait il est vrai. Cette adoption était permise à son père aussi bien qu'à tout autre. Le droit attique, indépendamment de l'adoption, admettait-il également la légitimation de l'enfant naturel par la reconnaissance authentique que son père, sans avoir d'ailleurs épousé sa mère, aurait faite de lui en présence de la phratrie? Malgré l'autorité imposante de M. Giraud, la négative me paraîtrait probable. Plusieurs fois, il est vrai, dans Démosthène et dans Isée, nous voyons des bâtards arriver à la condition d'enfant légitime d'une manière à peu près semblable[1]. Mais il faut remarquer que l'illégitimité des enfants n'est jamais avouée par le père quand il les présente à la phratrie. Il les produit au contraire comme nés d'un mariage véritable qu'il aurait contracté avec leur mère. La fraude faite à la loi par leur admission, loin de constituer un mode particulier de légitimation, paraît plutôt confirmer, à mes yeux, la sévérité des exclusions qui pesaient sur leur tête. Pour élever l'enfant naturel à la condition d'un enfant légitime, il eût fallu, je crois, un acte de l'omnipotence populaire, c'est-à-dire un décret du peuple assemblé[2].

CHAPITRE XI. — DES AFFRANCHIS.

Chez tous les peuples où l'esclavage forme une institution nationale et avouée par les mœurs, l'esclave, après son affranchissement, ne devient pas étranger à la famille du maître qui lui en a conféré le bienfait. Cette grande loi du monde physique, qui toujours évite les transitions brusques, et par des gradations adoucies fait circuler dans les êtres le

[1] Démosthène, c. Néera, p. 440; c. Béotos, p. 541. Isée, *Succession de Philoctémon*, p. 332.

[2] Plutarque, *Vie de Périclès*, § 57.

Digitized by Google

mouvement et la vie, est aussi l'une des lois du monde moral. Placé brusquement dans un état entièrement nouveau, il est naturel, dès lors, que l'affranchi puisse invoquer la protection de son patron, comme aussi il est raisonnable qu'il lui témoigne sa reconnaissance, en lui rendant des devoirs que l'usage vient déterminer.

La législation d'Athènes, aussi bien que celle de Rome, avait consacré ces idées; mais leur application avait dû se modifier selon la constitution politique de chacune des deux villes. Chez les Romains, on le sait, les affranchis, presque toujours nombreux, formaient autour de chaque praticien opulent une sorte de cour féodale. Ils prenaient son nom de famille; ils le suivaient en public pour grossir son cortége; devant les tribunaux, s'il était accusé, ils s'asseyaient près de lui en habits de deuil. Les marques ostensibles d'une clientèle aussi fastueuse eussent choqué l'esprit démocratique d'Athènes; c'est à peine si les citoyens riches pouvaient, sans offenser les passions populaires, se faire accompagner d'un ou deux esclaves[1]. D'ailleurs, la modicité des fortunes, sans cesse diminuées par les contributions publiques, était un obstacle au grand nombre des affranchissements. Cependant, des liens de dépendance continuaient d'attacher l'affranchi à son ancien maître. Ce dernier recueillait sa succession, à défaut de parents proches[2]; il exerçait la tutelle de ses enfants, s'ils étaient en bas âge. L'affranchi devait s'acquitter envers lui de certains services analogues aux *officia fabrilia* des Romains. Enfin, s'il manquait au respect et à la déférence dont il était redevable envers l'auteur de sa liberté, il était réduit de nouveau en es-

[1] Démosthène, c. Midias, p. 186.

[2] Isée, *Succession de Nicostrate*, p. 286.

Digitized by Google

clavage, en vertu d'un jugement rendu contre lui. Platon, dans son dialogue *Des lois*, veut que l'affranchi, pour se marier, obtienne l'assentiment de son patron[1]. Cette disposition, comme tant d'autres du même ouvrage, est vraisemblablement un emprunt fait à la législation positive d'Athènes.

Moins généreuse, moins expansive que Rome, Athènes ne reconnaissait pas aux affranchis la qualité de citoyen[2]. En entrant dans la classe des hommes libres, l'affranchi prenait dans la cité une position semblable à celle qu'y occupaient les *métèques* ou étrangers domiciliés. Le sort de ces derniers était peu fait pour exciter l'envie. Dans les républiques démocratiques, la tendance aux priviléges que les masses poursuivent chez les riches ne tarde pas à gagner le peuple lui-même. Tout citoyen, quelque pauvre qu'il soit, s'exagère l'importance qu'il possède comme appelé à diriger l'État; il s'imagine la rehausser encore en traitant avec dédain l'étranger auquel une semblable prérogative ne peut appartenir. De là, chez les Athéniens, une multitude de restrictions assujettissantes atteignant les métèques. Ils devaient payer un tribut spécial établi en forme de capitation sur tous les membres de leur famille, et dont l'omission entraînait l'esclavage au profit de l'État[3]. Ils étaient tenus de choisir parmi les citoyens d'Athènes un patron, sans l'intermédiaire duquel il leur était défendu d'agir en justice. Bien qu'il leur fût permis d'exercer le commerce, ils ne pouvaient s'y liver cependant sans se conformer à certaines défenses bien éloignées

[1] Liv. XI, p. 284. Platon, dans le même passage, soumet l'affranchi à l'obligation d'aller trois fois par mois chez son patron lui offrir ses services *pour tout ce qui est juste et en même temps possible.*

[2] Au temps de la république, cette qualité appartenait de droit à l'affranchi; sous l'empire, on établit à cet égard certaines distinctions qui modifièrent le principe sans pourtant l'anéantir. Gaius, *Comm.* I, § 13 et *suiv.*

[3] Démosthène, c. Aristogiton, p. 416.

Digitized by Google

de nos idées modernes de libre concurrence; ainsi il leur était défendu d'étaler sur le marché[1]. Enfin, dans quelques occasions déterminées, il fallait qu'ils confessassent, en leur rendant des services serviles, la supériorité que les Athéniens de naissance possédaient sur eux. Lors des processions des fêtes de Minerve, les métèques portaient les instruments des sacrifices, et leurs femmes marchaient à côté des Athéniennes, pour les garantir des ardeurs du soleil au moyen de parasols. La naturalisation, il est vrai, était possible en faveur du métèque, en vertu d'un décret du peuple assemblé; mais il était dans l'esprit de la constitution qu'elle fût accordée difficilement ; encore ses effets n'étaient-ils complets qu'à la troisième génération.

Ces obligations diverses, aussi pénibles qu'humiliantes, étaient communes aux affranchis. Seulement, comme nous l'avons déjà dit, ils avaient nécessairement pour patron leur ancien maître. Aussi bien que les métèques, ils pouvaient acquérir le droit de cité en vertu d'un décret spécial confirmé par six mille suffrages. Cette faveur leur était accordée quand ils avaient su, par leur industrie, amasser une fortune considérable. Le testament d'un banquier célèbre, au temps de Démosthène, affranchi lui-même et devenu plus tard citoyen, nous fait voir que l'on permettait à l'ancien maître de léguer pour épouse à l'affranchi sa fille ou sa veuve[2]; mais la condition de la naturalisation préalablement au mariage était alors sous-entendue forcément, puisque l'affranchi, tant qu'il restait dans sa position originaire, n'eût pu prendre une Athénienne pour femme sans s'exposer aux peines rigoureuses qui frappaient l'étranger dans le même cas.

[1] Démosthène, c. Eubulide, p. 428.
[2] Démosthène, c. Phormion, p. 499.

Digitized by Google

L'affranchissement, du reste, n'était soumis, à Athènes, à aucunes formalités particulières. Il s'opérait, soit par testament, soit par un acte entre-vifs suffisant pour manifester la volonté du maître. L'individu dont la liberté était contestée ne pouvant faire valoir ses droits lui-même, puisque partout, dans l'antiquité, l'esclave n'avait pas capacité d'ester en justice, il fallait qu'un citoyen se présentât en son nom pour affirmer sa qualité d'homme libre. Souvent la question s'engageait relativement à la torture dont les affranchis étaient exempts, tandis qu'on y soumettait les esclaves, pour toutes les dépositions qu'ils étaient appelés à faire devant les tribunaux. Si la controverse venait à être tranchée dans un sens contraire à la liberté, le citoyen qui avait servi de répondant devait payer à l'État, à titre d'amende, la moitié du prix de l'esclave [1].

Lorsque l'État, épuisé par des guerres prolongées, manquait de défenseurs, l'affranchissement des esclaves devenait quelquefois une mesure politique. On rendait à la liberté un certain nombre d'entre eux, afin de pouvoir les incorporer dans les armées d'Athènes [2].

Le décret de l'assemblée du peuple qui leur conférait la qualité d'hommes libres, déterminait la position légale qu'ils devaient occuper dans la cité ; mais il ne semble pas que le trésor public, dans cette circonstance, fût tenu d'indemniser leurs anciens maîtres pour le préjudice qu'ils éprouvaient. Dans les petites républiques de la Grèce, nous l'avons déjà dit, l'homme disparaissait devant le citoyen; la propriété privée était envisagée comme une création de la loi civile

[1] Démosthène, c. Théocrinès, p. 244.

[2] Justin, *Hist.*, v, 6. Quelquefois aussi, dans les moments de crise politique, l'on promettait la liberté aux esclaves qui révéleraient les complots formés contre l'État.

Digitized by Google

et comme l'émanation d'un domaine supérieur réservé à l'État. Il était naturel dès lors, quand l'intérêt de la république le demandait, qu'on exigeât de chaque individu, sans compensation aucune, le sacrifice de ses biens. Lorsqu'une loi de cette nature, ou même un décret particulier, accordaient à l'affranchi le titre de citoyen, les droits que son maître exerçait sur lui en qualité de patron s'éteignaient nécessairement. La dignité d'un membre de la cité était trop relevée pour qu'il pût continuer à demeurer ainsi placé dans les liens d'une sujétion humiliante.

CHAPITRE XII. — DES ESCLAVES.

Il existait à Athènes une grande quantité d'esclaves. Leur nombre, en effet, proportion gardée avec celui des hommes libres, était bien plus considérable qu'à Rome, comme si l'extrême liberté était nécessairement voisine de l'extrême servitude.

Selon le droit commun des temps antiques, on devenait esclave par la naissance quand on recevait le jour d'une mère esclave, la condition du père n'étant jamais prise en considération sous ce point de vue. Les prisonniers de guerre faits sur les peuples barbares étaient, de plein droit, réduits en esclavage; mais les soldats ennemis tombés en captivité dans les guerres intestines de la Grèce n'étaient pas habituellement considérés comme esclaves. On les gardait, comme cela a lieu chez les modernes, pour les échanger contre des citoyens d'Athènes devenus victimes, de leur côté, de l'inconstance des armes. Quelquefois cependant les captifs grecs eux-mêmes étaient vendus à l'encan, à titre de représailles ou de vengeance. Les condamnations judiciaires étaient également une source d'esclavage, puisque les lois,

Digitized by Google

pour un certain nombre de crimes, établissaient comme peine la servitude au profit de l'État. Les pères, en cas d'extrême pauvreté, avaient la faculté de vendre leurs enfants nouveau-nés, comme ils auraient eu celle de les exposer [1]; mais l'enfant vendu de la sorte ne devenait pas véritablement esclave, puisqu'il avait toujours le droit de revendiquer sa liberté, en remboursant les dépenses dont il avait été la cause.

Malgré ces différents modes d'arriver à l'esclavage, la population servile, à ce qu'il paraît, aurait subi une diminution rapide, si elle n'eût été continuellement recrutée par les esclaves amenés des pays lointains occupés par les barbares. C'est un des vices de cette institution inhumaine, que l'esclavage ne puisse se suffire à lui-même, et qu'il faille, pour l'alimenter, avoir recours sans cesse à des importations nouvelles. Le gouvernement d'Athènes faisait acheter chez les Scythes les esclaves publics qui composaient une garde de police analogue à notre gendarmerie, et chargée, comme elle, de maintenir le bon ordre dans la cité. La jalousie démocratique, la crainte ombrageuse de la tyrannie, ne permettaient pas de confier des armes à des citoyens, dans l'intérieur de la ville. L'État pouvait, en effet, posséder des esclaves, tout comme les particuliers. Xénophon, dans un projet présenté par lui pour relever les finances d'Athènes, donne comme une source de richesses infaillibles pour la république l'achat d'un grand nombre d'esclaves qu'elle devra louer ensuite aux entrepreneurs qui exploitent les mines. De peur qu'ils ne prennent la fuite ou qu'ils ne soient détournés par des particuliers, le philosophe veut qu'on imprime une marque ineffaçable sur le corps de ces malheureux [2].

[1] Plutarque, *Vie de Solon*, § 16.
[2] *Projet de finances*, chap. XI.

Digitized by Google

Les esclaves étant réputés chose, il était permis de les donner en gage ou de les hypothéquer. Si leur maître devenait insolvable, ils devaient être vendus au profit de ses créanciers. Par le même motif, quand les biens d'un individu étaient confisqués par suite d'une condamnation judiciaire, les esclaves qui lui appartenaient passaient dans le domaine de l'État. L'esclave, habituellement, possédait un pécule, fruit des économies que son maître lui permettait de faire sur quelques légers travaux entrepris à son profit. Quand il avait réuni, par ce moyen, une somme suffisante, il était ordinaire également qu'on lui permît de racheter sa liberté. Mais c'était là une concession tout à fait gracieuse de la part du maître, auquel le pécule de l'esclave ne cessait pas d'appartenir véritablement. Les esclaves, à Athènes, n'étaient pas employés seulement au service intérieur de la maison et aux travaux de l'agriculture ; tous les ouvrages concernant l'industrie étaient exécutés par eux. La plupart des Athéniens riches comptaient parmi leurs biens des ateliers d'ouvriers esclaves, et ils les donnaient à loyer à des citoyens moins opulents qui se chargeaient de les faire travailler pour leur propre compte. L'esclave, du reste, aussi bien qu'à Rome, pouvait acquérir et stipuler dans l'intérêt de son maître.

Si l'on en croit les orateurs et les historiens d'Athènes, le sort des esclaves, dans cette ville, était plus doux que chez les autres Grecs. On ne les astreignait pas, comme à Sparte, à porter un vêtement distinct de celui des hommes libres. Grâce à leur pécule grossi par la générosité de leurs maîtres, plusieurs d'entre eux vivaient avec luxe[1]. Si quelque attentat était commis contre leur personne, le coupable était puni

[1] Xénophon, *République d'Athènes*, chap. I.

Digitized by Google

avec la même sévérité que si le crime eût été commis envers un citoyen. Il est vrai qu'en protégeant ainsi les esclaves, on avait encore en vue la sécurité des hommes libres. On craignait, en effet, que l'habitude d'user de violence à leur égard n'accoutumât les citoyens à la brutalité et à l'insolence [1]. L'action pour venger l'injure faite à l'esclave appartenait à son maître, ou même à tout Athénien jouissant des droits civils [2].

Les maîtres avaient le pouvoir de châtier leurs esclaves, conséquence inséparable de la servitude; mais ils ne jouissaient pas sur eux du droit de vie et de mort. L'homme qui tuait son esclave était passible de la peine des meurtriers. Bien plus, quand les mauvais traitements infligés à l'esclave dépassaient toute mesure, l'usage admettait en sa faveur un droit précieux. Il pouvait se réfugier dans le temple de Thésée, et, dès qu'il était parvenu dans cet asile, on ne permettait pas à son maître de venir l'en arracher [3]. Les magistrats prenaient connaissance des motifs qui l'avaient décidé à fuir; si ses plaintes étaient reconnues fondées, ils obligeaient son maître de le vendre à un autre citoyen. C'est une chose digne de remarque que de trouver, de toute ancienneté, à Athènes, ces diverses modifications au droit rigoureux de l'esclavage, tandis que, on le sait, elles ne s'introduisirent à Rome qu'au temps des Antonins, lorsque l'esprit du christianisme commençait à modifier les antiques institutions de la cité. Les Athéniens, il est vrai, à cause de la petitesse de leur territoire, avaient un intérêt sensible à ménager leurs esclaves, de peur qu'ils ne s'échappassent en pays en-

[1] Eschine, c. Timarque, p. 252.

[2] Démosthène, c. Midias, p. 175.

[3] Le droit d'asile dans les temples existait également, à Athènes, en faveur des criminels : les en faire sortir de force eût paru un véritable sacrilége.

Digitized by Google

nemi. Aristophane, quand il veut porter ses concitoyens à la paix par le spectacle des malheurs de la guerre, leur montre un maître obligé de subir, sans les châtier, l'insolence des siens[1].

D'ailleurs, si la vie de l'esclave, si la sûreté de sa personne étaient placées ainsi sous la sauvegarde des lois, celles-ci, en même temps, prononçaient contre lui des restrictions humiliantes qui devaient sans cesse rappeler à sa pensée quelle distance incommensurable séparait sa condition de celle de l'homme libre. On ne permettait pas aux esclaves d'entrer dans les temples, ni de prendre part aux fêtes et aux jeux solennels consacrés au culte des dieux. La religion, chez les anciens, revêtait ce caractère de patriotisme étroit qui faisait le fond de leurs institutions. Pour avoir le droit d'invoquer les divinités de la patrie, il fallait soi-même être citoyen; les hommages d'un esclave ne pouvaient leur être qu'à charge; ses vœux, en outre, s'ils étaient exaucés, devaient tourner souvent au détriment du maître. C'était encore un privilége réservé pour les citoyens que la possibilité de figurer dans les représentations scéniques; l'accès des chœurs était fermé à l'étranger aussi bien qu'à l'esclave[2]. Les esclaves n'étaient pas admis non plus à servir dans les armées de la république; on les employait seulement pour ramer sur les flottes. De peur qu'ils ne contractassent des goûts et des habitudes incompatibles avec leur état, il leur était sévèrement interdit de s'exercer au maniement des armes et aux luttes de la palestre. On leur défendait également l'exercice de certaines professions qui eussent pu leur donner une importance trop grande, telle était celle de

[1] *Nuées*, p. 136.
[2] Démosthène, c. Midias, p. 175.

Digitized by Google

la médecine. Une autre interdiction qui venait les frapper tenait à l'infamie des mœurs athéniennes. L'esclave qui aimait un enfant de condition libre était puni d'une peine corporelle à la fois afflictive et infamante[1].

Les peines encourues par les esclaves n'étaient pas prononcées par les tribunaux ordinaires. C'eût été, en quelque sorte, avilir les prérogatives de la qualité de citoyen que de les communiquer à l'esclave, en exigeant aussi, pour statuer sur son sort, la convocation d'un tribunal nombreux composé de juges élus par le sort. Les *onze* magistrats de police spécialement chargés de l'exécution des criminels avaient de plus, dans leurs attributions, la mission de punir les esclaves. Comme on n'accordait à ceux-ci aucune participation au droit de la cité, la mesure de la peine qui venait les atteindre n'était pas déterminée par les lois; elle était abandonnée à l'arbitraire des magistrats.

Les châtiments infligés à l'esclave étaient également d'une autre nature que ceux qui atteignaient l'homme libre; ils étaient d'ailleurs beaucoup plus rigoureux. On incriminait en outre, de la part des esclaves, un grand nombre d'actions qui eussent paru innocentes si un citoyen en eût été l'auteur. Platon veut que l'on punisse de mort l'esclave qui a tué un homme libre, lors même qu'il ne l'a fait que pour défendre sa propre vie injustement attaquée[2]. La mort donnée à l'homme libre, toute méritée qu'elle est, lui semble une monstruosité si grande, qu'elle ne peut s'expier que par le supplice de celui qui en a été la cause presque involontaire. Nous aimons à penser qu'une disposition aussi cruelle n'existait pas dans la législation positive d'Athènes; mais ce qui

[1] Eschine, c. Timarque, p. 263.
[2] Platon, *Lois*, liv. IX, p. 182.

Digitized by Google

montre combien on y faisait peu de cas de la vie et des souffrances des esclaves, c'est l'extension extrême donnée à l'emploi de la torture, en ce qui les concernait. Par je ne sais quelle supposition aussi inique qu'absurbe, on s'imaginait que leur témoignage n'avait aucun poids quand il était librement exprimé, et qu'au contraire il acquérait une valeur extrême lorsqu'ils le confirmaient au milieu des tourments. De là l'habitude de soumettre ces malheureux à la question toutes les fois qu'il paraissait utile d'obtenir d'eux quelque renseignement, même dans un procès civil de la plus mince valeur. Ainsi, les abus de la force et du pouvoir, l'absence d'équité et de mansuétude que nous avons rencontrés au sommet de la famille athénienne, dans les lois sur le mariage et la condition des femmes, nous les retrouvons dans les rangs inférieurs, quand nous envisageons le sort des esclaves. Non, l'humanité, livrée à ses propres forces, ne pouvait dégager les lois civiles de cette empreinte de cruauté et d'égoïsme qui vient souiller constamment celles des peuples antiques. Pour y faire dominer sans obstacles la grande notion de la fraternité de tous les hommes, pour faire reconnaître à chacun de ceux-ci des droits naturels imprescriptibles que le droit positif ne saurait nier sans injustice, il fallait l'apparition d'une lumière supérieure, celle que l'Évangile est venue jeter sur le monde.

J. Cauvet,
Suppléant provisoire à la Faculté de Droit de Caen.

Digitized by Google

DROIT ADMINISTRATIF.

TRAITÉ GÉNÉRAL DE DROIT ADMINISTRATIF APPLIQUÉ,

PAR M. G. DUFOUR,
Avocat aux Conseils du roi et à la Cour de cassation [1].

L'ouvrage dont nous nous proposons de rendre compte a déjà été mentionné dans ce recueil par un savant professeur étranger (juillet 1845, nouvelle série, t. II, p. 365), et nous nous associons aux éloges qu'il y a reçus. Solide, bien ordonné, sans vaine prétention littéraire ou scientifique, il traite avec bon sens et méthode et résout avec sagesse les nombreuses questions que soulève, dans ses diverses branches, le droit administratif. L'auteur indique lui-même le but de son livre ; il a voulu « exposer les règles du droit administratif dans son application aux membres de la société, envisagés comme particuliers » ; sur chaque matière, il s'attache à faire connaître la doctrine par la citation des textes de lois, et la jurisprudence par l'indication et, quand il le faut, par la reproduction même des arrêts ; son objet est essentiellement pratique, et il l'a poursuivi avec succès. L'ouvrage est divisé en deux parties principales : la première contient la nomenclature raisonnée de toutes les autorités qui concourent à l'action administrative, depuis le roi jusqu'aux maires ; elle énumère les divers actes par lesquels ces autorités accomplissent leur œuvre, les formes qui leur sont

[1] Quatre vol. in-8°. Prix : 32 fr. A Paris, chez Delamotte aîné, libraire, n°s 26 et 27, place Dauphine.

Digitized by Google

imposées, les recours ouverts aux parties lésées. Dans la seconde partie, qui n'a pas moins de vingt-sept chapitres, et qui comprend plus des sept huitièmes de l'ouvrage, l'auteur expose successivement les nombreuses matières dont se compose le droit administratif, et présente sur chacune un traité complet, abrégé, mais substantiel et précis. Quiconque a besoin de direction dans quelque débat avec l'administration, est assuré, en consultant cet ouvrage, d'y trouver toujours les renseignements les plus utiles, et le plus souvent des éléments certains de décision. Les derniers monuments de la jurisprudence y sont relatés avec une parfaite exactitude et présentés sous leur véritable jour, avantage qui ne se rencontre point dans tous les traités de droit, trop d'auteurs ne prenant pas la peine de faire eux-mêmes leurs recherches, ou s'en rapportant aux notices souvent inexactes des collecteurs d'arrêts.

Après avoir rendu justice au mérite réel de l'ouvrage de M. Dufour, nous manquerions en partie à notre tâche si nous ne faisions pas la part de la critique. La critique est un hommage au talent, et c'est honorer les bons travaux et servir les auteurs consciencieux que de ne leur point dissimuler les imperfections qui paraissent solliciter de leur part des efforts nouveaux.

M. Dufour a voulu surtout composer un livre utile et instructif; il s'est tenu en garde contre le vague des théories, et ne puise jamais ses solutions que dans la loi ou dans la jurisprudence : il a donc donné une grande place aux arrêts, s'efforçant de n'omettre aucun des principes qu'ils ont consacrés ou maintenus; il est ainsi parvenu, à l'aide de travaux longs et pénibles, à satisfaire aux besoins journaliers des affaires et à offrir un guide fidèle à tous ceux qui les traitent, comme juges, comme administrateurs, comme

Digitized by Google

conseils. Mais cette méthode a ses inconvénients : elle exclut trop souvent les vues générales; elle ne laisse pas toujours à ceux qui la suivent toute la liberté d'esprit nécessaire pour traiter les questions d'un point de vue élevé, pour embrasser l'ensemble d'un sujet, pour en voir toutes les faces. Les jurisconsultes qui se sont voués à l'étude des arrêts sont disposés à les prendre pour règle unique de solution ; ils perdent, dans cette étude exclusive, l'habitude de consulter leur propre jugement, acceptant la jurisprudence pour seul oracle et mettant le droit dans le greffe. Nous n'appliquons pas ce reproche à M. Dufour ; nous reconnaissons volontiers que, dans la seconde partie de son ouvrage, il n'invoque jamais la jurisprudence qu'après avoir retracé les lois de chaque matière ; il les recherche et les expose avec plus de soin et de développement que la plupart des auteurs qui l'ont précédé ; mais nous n'accordons pas les mêmes éloges à sa première partie. Si de grandes difficultés s'attachaient au sujet qu'elle embrasse, l'auteur était fort capable de les vaincre, et nous lui demandons la permission de lui indiquer à lui-même les défauts que nous avons cru y reconnaître.

Un traité de droit administratif a pour exorde nécessaire, si l'on peut ainsi dire, la définition de ce droit ; et, pour arriver à cette définition exacte, il faut d'abord se rendre compte des pouvoirs dont la couronne est investie, afin d'en dégager ceux qui composent le domaine de l'administration. Il faut, en second lieu, en ce qui concerne cette dernière, séparer ce qui constitue l'action générale des pouvoirs publics, et ce qui en est, selon l'expression de M. Dufour, « l'application aux membres de la société, envisagés comme particuliers. » Ce n'est qu'après cette double analyse qu'on peut assigner au droit administratif son caractère propre, et

Digitized by Google

déterminer avec clarté la part des diverses autorités dont il est destiné à éclairer l'action ou dont il donne le moyen de redresser les erreurs.

M. Dufour a compris qu'il devait suivre cet ordre, mais il ne nous paraît point y avoir apporté assez de précision et de netteté. Dès la première page, il distingue les pouvoirs administratifs des attributs de la souveraineté, mais il se borne à citer parmi ceux-ci le droit conféré à la couronne de former des commissions pour la liquidation des indemnités stipulées par un traité. En supposant même que ce droit ne soit pas plus administratif que politique, l'auteur aurait pu emprunter des traits plus saillants à la Charte même, qui, en déclarant le roi chef suprême de l'Etat, en lui donnant le droit de faire les traités, de déclarer la guerre, etc.; en même temps qu'elle l'investissait de la puissance exécutive, a clairement marqué l'autorité souveraine qu'elle lui conférait, indépendamment des attributions purement administratives. En dehors même du texte de la Charte, il pouvait trouver dans les éléments constitutifs de notre royauté constitutionnelle, dans la décomposition philosophique de ses attributs divers, les bases distinctes des pouvoirs variés qu'elle exerce. Nous regrettons qu'il ne se soit pas livré à cet examen. Il était d'un haut intérêt de tracer sur ce point, dès le début, une ligne de démarcation large et profonde; car la réunion de droits de nature diverse entre les mains de la couronne se retrouve à tous les degrés de la hiérarchie, dans une foule de circonstances, et donne lieu souvent à des difficultés sérieuses.

Nous ne trouvons pas non plus que le tableau général des autorités administratives, de leurs fonctions, et des recours qui peuvent être formés contre leurs décisions, remplisse suffisamment le but du livre.

Digitized by Google

Cette matière, nous en convenons, est une de celles qui se prêtent le moins à une exposition générale et théorique et à des déductions logiques et raisonnées. Pour qui n'envisage que les cadres hiérarchiques des services publics et la nature de chaque emploi, il est aisé de présenter l'exposé complet et simple de l'administration française. Ses divers délégués ont leur place marquée, leur rôle à peu près défini, et l'organisation générale satisfait par une ordonnance régulière; mais quand on traite du droit administratif, c'est-à-dire des autorités diverses dans leurs rapports avec les parties privées; quand on veut fixer les limites exactes de leur compétence respective, les voies ouvertes aux réclamations, etc., on est arrêté à chaque pas par la variété des formes, par le nombre des juridictions et par l'absence de règles certaines et de définitions rigoureuses.

Deux causes ont contribué à jeter ces incertitudes dans le droit administratif. D'abord, il n'existe aucune loi générale qui ait réglé la compétence de chaque fonctionnaire et la forme de chaque acte. En second lieu, les lois successives auxquelles le jurisconsulte doit recourir, à défaut de loi générale, ne sont point composées dans la même pensée, et consacrent souvent des règles entièrement opposées. C'est tantôt l'esprit judiciaire, tantôt l'esprit administratif qui prévaut. Ici, on laisse toute l'autorité au ministre; là, on la délègue au préfet; un jour, on fait intervenir le Conseil d'Etat, le Conseil de préfecture ; un autre jour, on les omet; on assujettit aux formes du contentieux des questions purement administratives ; on livre au pouvoir discrétionnaire des droits qui réclameraient la garantie d'une juridiction. Les principes du droit administratif ont été si longtemps ignorés, ils sont encore si peu connus, surtout dans les Chambres, qu'il a souvent dépendu d'un ministre, d'un rap-

Digitized by Google

porteur, et même d'un député intervenant à l'improviste au milieu du débat, pour faire passer les dispositions les moins compatibles avec l'ensemble général et les bases du système.

De là une confusion souvent inextricable pour l'intelligence et l'application des lois administratives. Cette confusion se fait surtout apercevoir lorsqu'il s'agit de désigner le fonctionnaire auquel une réclamation doit être adressée, et de déterminer la nature des actes émanés de chaque autorité. Plusieurs lois sont explicites; elles désignent les agents chargés de pourvoir à leur exécution, et les moyens de recours ; mais combien il en est qui se bornent à créer un droit, en posant une limite, en accordant une garantie aux intérêts privés et qui ne vont pas au delà! Est-ce au préfet, au ministre, au Conseil de préfecture, que la partie lésée doit recourir? M. Dufour considère les Conseils de préfecture comme les juges ordinaires en matière administrative; mais il est obligé d'indiquer lui-même des exceptions si nombreuses, qu'elles absorbent la règle. Parallèlement aux Conseils de préfecture, les préfets prononcent dans beaucoup de cas, et quand ils ont rendu une décision, les ministres seuls peuvent la rapporter. Les ministres eux-mêmes statuent directement sur un grand nombre de difficultés, et devant leur juridiction s'efface celle des Conseils de préfecture. Enfin des tribunaux administratifs spéciaux sont constitués pour certaines catégories d'affaires. Au milieu de tant de pouvoirs investis du droit de prononcer, on comprend que les intéressés éprouvent souvent une pénible incertitude. Il est vrai que le Conseil d'État, au degré le plus élevé, domine tous ces pouvoirs secondaires; mais il ne peut être saisi qu'après qu'ils ont prononcé, et sa jurisprudence elle-même, quelquefois incertaine, ses arrêts par lesquels

Digitized by Google

il renvoie les parties à se pourvoir *devant qui de droit*, sans désigner l'autorité qui doit être saisie, attestent assez le peu de clarté de la loi.

A ces doutes sur les compétences respectives viennent se joindre ceux qui s'élèvent sur le caractère et la portée des actes. M. Dufour les signale avec beaucoup de force et de raison. C'est surtout la juridiction réservée aux ministres qui manque d'ordre et de régularité. Le même acte peut être considéré comme une simple instruction qui ne préjuge point le droit, ou comme une décision qui le tranche formellement. Des lettres dénuées de toute forme officielle et qui peuvent passer pour un avis officieux, pour un appel à de plus amples explications, sont opposées comme une décision souveraine, et ceux à qui elles ont été adressées se trouvent condamnés sans l'avoir su, pour ainsi dire, et négligent d'exercer en temps utile un recours nécessaire. Les avocats les plus expérimentés craignent de s'y tromper et forment au hasard un pourvoi, pour prévenir les conséquences d'un acquiescement apparent.

Enfin la définition même de ce qui appartient au contentieux administratif est si vague, si complexe, qu'elle laisse toujours une grande place à l'arbitraire.

Un traité pratique de droit administratif doit poser les principes généraux destinés à porter la lumière dans cette obscurité. Nous ne trouvons point que celui dont nous nous occupons satisfasse à ce besoin. Il manque de largeur et d'étendue; il néglige trop les principes généraux pour les espèces qui ont été l'objet d'une décision accidentelle, et après l'avoir lu, on ne se sent pas en possession du fil conducteur propre à servir de guide dans ce dédale d'autorités et de formes. Nous en accusons les lois administratives plus encore que M. Dufour, et, si

Digitized by Google

nous ne nous trompons, le législateur, ou même simplement l'administration, investie à cet égard de pouvoirs étendus, devraient y pourvoir. Ce n'est pas que nous songions à provoquer un code de procédure administrative; les formalités doivent être simplifiées plutôt que multipliées. Mais il serait possible par quelques règles peu nombreuses de prévenir des surprises, des involutions de procédures, qui embarrassent les parties, retardent les décisions et entraînent des lenteurs et des frais dont personne ne profite.

A l'occasion du jugement des affaires contentieuses, M. Dufour se prononce pour le système qui a été consacré par la loi sur le Conseil d'État : il n'admet point de juridiction proprement dite, et pense que les avis donnés par le Conseil d'État sur ces affaires n'obligent en aucune façon le gouvernement qui peut toujours se dispenser de les suivre. Nous ne voulons pas rouvrir un débat définitivement fermé; mais l'argument sur lequel M. Dufour se fonde ne peut être adopté comme l'explication de la loi nouvelle, et nous croyons utile de l'écarter. M. Dufour reproduit cette vieille raison que le roi n'a point délégué la justice administrative, comme la justice civile, et que, par conséquent, elle lui est restée tout entière; et quelques pages plus loin, par une contradiction manifeste, il énonce que les conseils de préfecture sont investis d'une juridiction propre et rendent de véritables jugements. Il y aurait donc, en ce qui les concerne, délégation de la justice administrative. Qu'est-ce d'ailleurs qu'une justice déléguée et une justice réservée? Enfin, il faudrait dire pourquoi la couronne aurait conservé ce pouvoir exceptionnel? Ce n'est point ainsi que le principe qui exclut la juridiction en matière administrative a été soutenu. M. Dufour peut consulter à cet égard le

Digitized by Google

rapport de M. le comte Portalis qui a, dès l'origine de ce grand débat, exprimé les raisons les plus graves, celles qui incontestablement ont déterminé l'opinion des Chambres. Il ne s'agissait point de justice réservée : au contraire, on a nié que la solution des litiges administratifs constituât l'exercice d'un droit de justice; on n'y a vu qu'une des formes de l'administration même, et si cet argument n'est pas sans réplique, au moins il ne contrarie point les principes les plus élémentaires, comme celui que M. Dufour a adopté et pris pour base de son opinion.

Nous avons encore quelques critiques de détail à soumettre à M. Dufour, à l'occasion de la première partie de son traité.

Après avoir énoncé que le gouvernement n'a pas le droit de destituer un officier ministériel, il ajoute que « les tribunaux devraient réputer nulle, pour cause d'excès de pouvoir et d'arbitraire, toute révocation prononcée par le gouvernement. » Il est vrai que le droit illimité de destitution n'appartient pas au gouvernement; mais d'abord, les art. 103 et 104 du décret du 30 mars 1808 ont toujours été appliqués comme autorisant la révocation des officiers ministériels contre lesquels ont été prononcées des peines disciplinaires, même sans que la révocation soit formellement provoquée. En second lieu, nous ne comprenons pas comment les tribunaux pourraient jamais être appelés à réputer nulle une ordonnance de révocation d'un officier ministériel. Veut-on dire qu'ils en prononceraient expressément la nullité? Ils ne le pourraient point sans un flagrant excès de pouvoirs, sans violer le principe de la séparation des deux autorités judiciaire et administrative. Entend-on qu'ils devraient tenir la révocation pour non avenue, et admettre l'officier ministériel révoqué à continuer l'exercice de ses fonctions?

Digitized by Google

Mais comment lui rendre le caractère public dont il serait dépouillé? Comment en dépouiller celui qui en aurait été revêtu à sa place? Ne serait-ce pas d'ailleurs sous une autre forme une semblable usurpation de pouvoirs, plus condamnable encore, parce qu'elle serait détournée et qu'elle impliquerait le mépris de l'autorité royale? Le remède qu'on propose ne pourrait être employé. Il n'appartiendrait même pas au Conseil d'État de prononcer par la voie contentieuse, ainsi que l'a jugé une ordonnance du 20 décembre 1833. Mais il est impossible de prévoir qu'au mépris de la loi de 1816, aucun gouvernement se permît de porter atteinte, hors des cas prévus, à la propriété que cette loi a consacrée, et si un tel excès était commis, il alarmerait des intérêts trop nombreux pour passer inaperçu, pour ne pas donner lieu à l'application de la responsabilité politique.

Plus loin, à propos des actes du pouvoir discrétionnaire, l'auteur exprime une opinion dont il ne nous semble point avoir suffisamment apprécié les conséquences. Il pense que les ministres ont le droit de se refuser à proposer au roi les décisions à prendre relativement aux demandes d'autorisations, sur lesquelles doit intervenir une ordonnance royale. Il confond ainsi le fond même de la décision avec la forme dans laquelle il faut qu'elle soit rendue. Les ministres, dans les choses du pouvoir discrétionnaire, peuvent toujours proposer au roi de rejeter ou d'admettre la demande, et la partie intéressée, en cas de refus, n'est admise à former aucun recours, mais elle peut toujours exiger qu'il soit statué par ordonnance. Le Conseil d'État l'a ainsi décidé le 12 janvier 1835, dans une espèce où le ministre de l'intérieur avait décidé de sa seule autorité qu'une libéralité faite à des hospices ne devait pas être acceptée : la décision a été annu-

Digitized by Google

lée pour excès de pouvoirs. En effet, l'obligation de recourir au roi, quand elle est imposée au ministre, est une garantie de l'examen plus approfondi de l'affaire, elle a pour conséquence habituelle de donner lieu à la délibération préalable d'un comité du Conseil d'État; elle est donc établie au profit des parties intéressées, et l'on ne peut arbitrairement leur en retirer le bénéfice. Il est vrai que, dans la pratique, un grand nombre de questions de ce genre sont résolues par le ministre seulement, ou pour mieux dire par les bureaux, qui rejettent, sans instruction, certaines demandes auxquelles ils ne trouvent aucun fondement. C'est ce qui arrive dans toutes les branches du service public. Ainsi, dans l'ordre judiciaire lui-même, malgré les dispositions du Code qui exigent que toute plainte soit transmise au juge d'instruction, les procureurs du roi prennent souvent sur eux de mettre à l'écart, sans y donner aucune suite, celles qui leur paraissent ou évidemment mal fondées ou dénuées de base légale. Cet examen préjudiciel, suivi d'un rejet péremptoire, contribue à la plus prompte expédition des affaires, et nous ne prétendons point l'interdire; en fait, les parties ne réclament point ordinairement contre ces mesures, et elles comprennent qu'elles auraient peu de chances de faire accueillir plus tard une demande qui soulève de si vives objections dès la première vue; mais, en droit, elles seraient fondées à exiger qu'une ordonnance fût rendue, et si la marche ordinairement suivie doit être maintenue, le principe doit être réservé pour les cas exceptionnels où l'application en serait réclamée.

Il est un autre point sur lequel M. Dufour nous paraît avoir émis une opinion erronée ou au moins n'avoir pas suffisamment exprimé sa pensée. Il répète à deux reprises que les décisions administratives peuvent toujours être mo-

Digitized by Google

difiées ou rapportées, lorsqu'elles n'ont d'effet « qu'entre l'administration, représentée par le ministre, et le particulier qui se plaint »; il ne fait d'exception que pour celles « qui intéressent des tiers et qui, dès qu'elles sont émises, constituent à leur profit un titre qu'il ne dépend plus du ministre d'anéantir. » Cette proposition est trop absolue. Quand il s'agit d'objets qui, selon l'expression de l'auteur, « par leur mobilité et leur diversité échappent à l'empire des lois », ou, en d'autres termes, quand il s'agit des actes du pouvoir discrétionnaire, le droit de révocation et de modification est entier; ainsi, on peut accorder à un particulier l'autorisation de changer de nom, après la lui avoir refusée une première fois, on peut supprimer une condition restrictive attachée d'abord à une autorisation; mais il n'en est pas de même quand la décision porte sur des matières contentieuses, sur l'interprétation d'un marché, sur un droit de créance prétendu contre le Trésor. Dans ces cas, la décision une fois rendue ne peut être rapportée; il y a droit acquis au profit de l'État, tout aussi bien que s'il s'agissait d'un tiers. Ce principe est essentiel à maintenir : il intéresse l'État et les parties privées : l'État dont les droits ne peuvent pas être perpétuellement remis en question, et ne manqueraient pas d'être sacrifiés dans ces interminables débats; les parties qui, dans l'espoir d'obtenir du ministre la rétractation de sa décision, s'abstiennent quelquefois d'exercer leur recours en temps utile, et sont exposées à encourir la déchéance.

Telles sont les critiques dont la première partie du Traité de M. Dufour nous paraît susceptible. Quant à la seconde, nous avons déjà dit qu'elle est, à notre avis, de beaucoup supérieure. Les matières y sont distribuées selon l'ordre alphabétique, le plus commode, à vrai dire, dans un livre de

Digitized by Google

ce genre, mais aussi le moins satisfaisant pour l'esprit. Le droit administratif comprend tant de sujets distincts, qu'il est assez difficile de les réunir ensemble par un lien logique. M. Foucart, et, après lui, M. Laferrière l'ont essayé, non sans succès. Cependant cette coordination systématique est toujours quelque peu arbitraire et forcée. D'un autre côté, l'ordre purement alphabétique rapproche les unes des autres des matières si dissemblables qu'il choque le lecteur. Après les *domaines nationaux* viennent les *élections communales*, après les *mines* la *mise en jugement des fonctionnaires publics*, après les *octrois* les *pensions*. On ne trouve aucun rapport entre un chapitre et celui qui le suit, et un ouvrage ainsi composé ressemble plus à un dictionnaire qu'à un traité. M. Dufour avait consacré sa première partie aux autorités administratives; nous aurions voulu qu'il réunît au moins dans une autre partie, également distincte, les conflits, les mises en jugement des fonctionnaires publics, affaires d'une nature toute spéciale; et nous croyons qu'il aurait pu aussi rendre ses divisions moins nombreuses, et par exemple rattacher au chapitre des communes plusieurs objets qu'il a cru devoir en séparer. Du reste, nous convenons que ces observations ont peu de gravité, et peut-être, après tout, la méthode qu'il a adoptée est-elle la plus conforme au but usuel qu'il avait en vue.

Les emprunts faits à la jurisprudence sont très-nombreux : les arrêts de la Cour de cassation, quand il en a été rendu, sont cités aussi bien que ceux du Conseil d'État, et le rapprochement des deux jurisprudences est plein d'intérêt. En parcourant ces précieux documents, nous avons cherché à nous rendre compte des points sur lesquels la Cour de cassation et le Conseil d'État sont divisés. Il nous paraît de quelque importance de les faire connaître.

Digitized by Google

L'étude attentive de la jurisprudence de ces deux grands corps prouve que, loin de céder à aucun esprit d'opposition réciproque, ils tendent à se rapprocher sans cesse et à consacrer des principes analogues. Chacun des deux a le caractère qui lui est propre et qu'il ne doit pas abjurer, mais l'un et l'autre obéissent aux mêmes inspirations, et, pour prendre les traits qui semblent les distinguer spécialement, la Cour de cassation ne montre pas moins de souci des intérêts publics que le Conseil d'État, et celui-ci à son tour ne respecte pas moins les droits privés que la Cour de cassation. Nous ne croyons pas que nos administrations financières aient jamais à regretter les attributions que cette Cour exerce à leur égard, et nous savons que le barreau rend hommage à l'esprit de justice du Conseil d'État. Aucun sentiment de rivalité n'altère la sincérité des décisions. Sous la Restauration, l'introduction dans le Conseil d'État de plusieurs magistrats de la Cour de cassation était destinée à prévenir tout antagonisme, et a dû contribuer efficacement à faire prédominer dans les deux compagnies des doctrines communes. Cet accord s'est maintenu même depuis qu'une règle d'incompatibilité, impolitique peut-être, a rendu le Conseil d'État et la Cour de cassation entièrement étrangers l'un à l'autre, du moins quant à leur personnel respectif. Loin que la mesquine satisfaction de faire prévaloir une opinion déjà exprimée ait conduit, comme on aurait pu le craindre, les deux jurisprudences à se contredire, on pourrait trouver la trace de concessions réciproques, dictées par le désir de ne point offrir au public, dans une région si élevée, le spectacle d'une contrariété d'application de la loi.

Il est vrai qu'au moyen des conflits, le dernier mot, si nous osons ainsi parler, appartient toujours au Conseil

Digitized by Google

d'État, mais toutes les questions ne touchent point à la compétence, les conflits ne peuvent pas être élevés dans tous les cas, certains préfets omettent d'y recourir; enfin, rien ne serait plus déplorable qu'une situation dans laquelle l'administration, en lutte avec la Cour de cassation, ne trouverait sa garantie que dans l'emploi des conflits, remède extrême qui ne pourrait être prodigué sans danger, et dont l'abus, par une de ces réactions familières à l'esprit français, pourrait amener des mesures contraires, par lesquelles l'administration, pour avoir exigé trop, serait privée de ses attributions les plus légitimes et les plus nécessaires. On doit donc se féliciter de la sagesse et de la modération dont les deux corps placés au sommet de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif ont à l'envi donné des preuves.

Cependant trois questions ont été l'occasion d'un dissentiment absolu et direct : il en est deux qui n'ont qu'une importance secondaire; la troisième est très-grave. Expliquons en quoi elles consistent.

C'est à l'occasion des chemins vicinaux que s'est engagée la première de ces questions. La loi du 9 ventôse an XIII a déféré aux Conseils de préfecture la répression des usurpations commises par les propriétaires riverains. Il convenait, en effet, que l'autorité administrative, préposée à la surveillance et à la conservation des voies de communication, fût seule chargée d'ordonner le rétablissement du chemin dans sa largeur et d'assurer ainsi la viabilité; les lenteurs et les formes de la juridiction civile pouvaient compromettre l'intérêt auquel on voulait pourvoir. Cependant, tout en considérant les usurpations des propriétaires riverains comme une contravention, la loi du 9 ventôse an XIII n'y a attaché aucune peine. En 1832, lors de la révision du Code pénal, on a voulu combler cette lacune, et l'on a ajouté à l'art. 479,

Digitized by Google

qui énumère les contraventions punies d'une amende de 11 à 15 fr., un paragraphe qui y comprend *les usurpations sur la largeur des chemins publics*. Comme les contraventions énoncées dans cet article sont du ressort du juge de police, il s'ensuit que c'est à ce juge à prononcer l'amende encourue par l'auteur de l'usurpation. En présence de ces deux lois, on s'est demandé si l'attribution conférée aux Conseils de préfecture, par la loi de l'an XIII, avait passé tout entière aux tribunaux de police, et si, par suite, ces tribunaux étaient chargés désormais d'ordonner les mesures nécessaires au rétablissement de la libre circulation, aussi bien que de prononcer l'amende; ou bien si ce dernier pouvoir leur avait été seul conféré. Le Conseil d'État, touché des nécessités publiques qui ne permettaient point de dessaisir l'administration du droit essentiel d'assurer la liberté de la circulation, décide que la loi de l'an XIII est encore en vigueur; la Cour de cassation, n'admettant point le partage d'autorité qui, pour le même fait, appellerait le Conseil de préfecture à constater la contravention, et le juge de police à la punir, ne reconnaît de compétence qu'à ce dernier. Il n'y a aucun moyen de faire cesser ce dissentiment, car comme il s'agit d'une matière de police, le conflit est interdit; mais, dans l'application, les deux systèmes peuvent marcher simultanément sans autre inconvénient qu'une opposition de doctrine toujours regrettable entre deux juridictions si élevées. En effet, la condamnation à l'amende ne peut jamais être prononcée que par l'autorité judiciaire, ce qui garantit les droits des parties privées, et les Conseils de préfecture peuvent toujours appliquer la loi de l'an XIII, avec la certitude que le Conseil d'État dont ils relèvent les y autorisera, ce qui garantit les intérêts publics. Seulement, il pourrait arriver que, par une fâcheuse contra-

Digitized by Google

diction, le juge de police refusât de condamner à l'amende après que le Conseil de préfecture aurait déclaré la contravention, et il est juste de dire que le système de la Cour de cassation prévient cette contradiction; mais aussi il offre l'inconvénient, plus réel à notre avis, de retirer à l'autorité administrative une attribution qui se lie à l'essence même de ses pouvoirs; c'est la loi de réforme du Code pénal qui, en attachant, sans y regarder assez, une peine de la compétence judiciaire à une contravention de la compétence administrative, a créé cette fâcheuse complication.

Le second dissentiment s'est élevé sur une question relative aux élections municipales et départementales. Ces élections constituent des opérations d'un genre spécial, mais plutôt administratif que judiciaire. D'après les lois qui les régissent, les tribunaux sont chargés de prononcer sur les questions relatives à l'*incapacité légale* des membres élus. D'un autre côté, les difficultés relatives à l'accomplissement des *conditions légalement prescrites*, sont de la compétence des Conseils de préfecture. D'après ces dispositions, les tribunaux connaissent sans contestation de toutes les questions de jouissance des droits civils ou politiques et de domicile, et les Conseils de préfecture de toutes les questions relatives aux formes de l'élection. Mais un citoyen a été élu dont la capacité légale n'est point contestée : on lui oppose seulement qu'il exerce des fonctions incompatibles avec son nouveau titre, et l'on attaque son élection de ce chef. A quelle autorité est-il donné de statuer? La Cour de cassation considère cette difficulté comme portant sur la capacité personnelle de l'élu, le Conseil d'État estime qu'elle se lie au fond même de l'élection; et, considérant d'ailleurs d'une manière générale l'administration comme compétente à l'égard des questions qui n'ont pas été expressément renvoyées à l'auto-

Digitized by Google

rité judiciaire, elle lui refuse le droit de connaître de celle-ci. Il en résulte que les mêmes questions sont revendiquées à la fois par les deux autorités; que, si le conflit n'est pas élevé dans tous les procès de ce genre, deux règles pourront s'établir, et que le principe de l'unité de jurisprudence peut recevoir une grave atteinte. Nous regrettons beaucoup que les opinions se soient ainsi mises en opposition dans une matière qui n'engageait aucun grand principe, où les attributions fondamentales des deux pouvoirs n'étaient pas sérieusement intéressées, et où par conséquent une concession de part ou d'autre n'aurait pas tiré à conséquence.

La troisième question est beaucoup plus considérable, parce qu'elle touche à la propriété d'une part et aux intérêts de l'État de l'autre, et elle était de nature à préoccuper vivement les esprits. Elle se rattache à la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, et voici quels en sont les éléments.

La loi du 16 septembre 1807, comme on sait, avait attribué à l'autorité administrative le jugement de toutes les contestations en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, soit qu'il s'agît de dommages accidentels causés à la propriété, d'extractions de matériaux, de déplacements d'usines, de suppression de moulins sur un cours d'eau, de réduction dans l'élévation des eaux, soit qu'il s'agît de la dépossession même de terrains ou de bâtiments : l'attribution était entière, générale et absolue; en aucun cas l'autorité judiciaire n'était appelée à intervenir. Par suite des abus qui furent la conséquence de ce régime purement administratif, la loi du 8 mars 1810 transféra aux tribunaux le jugement des questions d'*expropriation*. Les lois des 7 juillet 1833 et 3 mai 1841, en confirmant cette dévolution, ont à leur tour confié à un jury le soin d'évaluer les indemnités

Digitized by Google

dues aux propriétaires expropriés. Ainsi, les questions que la loi de 1807 avait exclusivement attribuées à l'autorité administrative, se trouvent aujourd'hui partagées entre elle et l'autorité judiciaire. C'est sur la part faite à chacune de ces deux autorités que porte le différend. On est d'accord sur certains points. Ainsi, on ne dénie pas à l'administration le droit de statuer sur les contestations relatives à l'occupation temporaire des terrains et à l'extraction de matériaux sur la propriété privée. On ne dénie point d'autre part à l'autorité judiciaire, et depuis 1833 au jury, le droit de régler les indemnités dues en raison des terrains et bâtiments dont l'État a besoin pour des travaux d'utilité publique; mais la propriété privée peut être l'objet de mesures qui ne rentrent dans aucune de ces catégories, qui sont autres qu'une extraction de matériaux, et qui n'entraînent ni une occupation temporaire, ni une prise de possession définitive. Ces mesures sont de deux sortes : 1° l'État détourne les eaux d'une rivière, et diminue ainsi la force motrice qui servait à alimenter une usine; 2° il effectue sur une route des travaux qui changent la condition de jouissance du propriétaire limitrophe, soit en abaissant ou en élevant le sol de la route de manière à n'en plus permettre l'accès de plain pied, soit en exécutant des remblais qui détruisent les vues qui existaient précédemment. A qui appartient-il de régler les indemnités dues au propriétaire dans ces deux cas? Telle est la question sur laquelle la Cour de cassation et le Conseil d'État ont adopté une solution opposée.

La Cour de cassation se fonde sur une règle générale de droit. Suivant elle, les actions qui dérivent du droit de propriété sont, par leur nature même, de la compétence de l'autorité judiciaire: la jouissance est une portion essentielle de la propriété; la modification ou l'altération permanente

Digitized by Google

et perpétuelle de l'une modifie ou altère évidemment l'autre, et les lois qui, par des raisons d'utilité publique, ont attribué la connaissance des questions de ce genre à des tribunaux d'exception, ne sont elles-mêmes qu'exceptionnelles, et doivent être soigneusement restreintes aux cas qu'elles ont déterminés. Appliquant ces principes aux lois de 1810, 1833 et 1841, la Cour de cassation juge que ces lois n'ont laissé à l'administration que le règlement des indemnités pour dommages temporaires et pour extraction de matériaux, et qu'elles ont eu pour effet de transporter aux tribunaux le règlement des indemnités, non-seulement pour expropriation directe et matérielle, mais encore pour dommage permanent, toutes les fois que la propriété est atteinte d'une manière définitive et irrévocable.

Le Conseil d'État, sans discuter la théorie de droit qui sert de base à la jurisprudence de la Cour de cassation, se fonde exclusivement sur l'interprétation du texte même de la loi de 1807, combinée avec les lois qui l'ont modifiée, et il décide que les tribunaux sont compétents dans le cas seulement d'expropriation directe et matérielle, c'est-à-dire quand une partie même de la propriété a été enlevée pour l'exécution des travaux.

En fait, l'opinion du Conseil d'État prévaut, parce qu'elle a passé dans les ordonnances sur conflit qui déterminent souverainement les attributions respectives des tribunaux et de l'administration; mais ces décisions suprêmes n'interdisent la discussion qu'aux parties condamnées, et elles sont du ressort de la critique légale. Le fond même de la doctrine doit être d'autant plus sérieusement examiné que l'administration jouit d'un droit de revendication péremptoire, et que par conséquent l'autorité morale de la loi est le seul frein qui puisse prévenir ou arrêter ses empiétements. On nous par-

Digitized by Google

donnera d'essayer, comme jurisconsulte et à ce seul titre, d'exposer les raisons qui nous paraissent confirmer son opinion.

Sans récuser l'autorité des principes, nous croyons d'abord que le texte même des lois doit seul être consulté. Les principes sont incontestablement les meilleurs guides de la jurisprudence, et la Cour de cassation met avec raison sa gloire à les proclamer et à les défendre. Mais en est-il d'absolus, et quand une loi positive a prononcé, n'est-ce pas cette loi qui doit l'emporter? La Cour de cassation reconnaît elle-même, dans la matière qui nous occupe, que la loi doit dominer la théorie. En effet, le principe qu'elle invoque est celui qui, plaçant la propriété privée sous l'égide de l'autorité judiciaire, lui assure les garanties propres à cette autorité; elle admet cependant que les indemnités dues pour extraction de matériaux, pour occupation temporaire et pour dommage accidentel et variable, doivent être réglées par l'autorité administrative. Pourquoi cette distinction? La propriété n'est-elle pas entamée dans tous les cas? Reste-t-elle intacte quand on vient y pratiquer des fouilles, quand on s'en empare pour un temps déterminé? « La jouissance, selon les termes de l'arrêt du 30 avril 1838, est une portion essentielle de la propriété. » Or, que la jouissance soit suspendue ou détruite, le dommage est plus ou moins grand; mais il y a dommage, il y a atteinte au droit du propriétaire. Pourquoi donc les tribunaux dans un cas, l'administration dans l'autre? C'est que les lois de la matière ont fait un partage des attributions : c'est donc dans ces lois, et non dans un principe abstrait que doit être puisée la raison de décider.

Ceci posé, quelle est l'économie de ces lois?

Celle de 1807 avait tout attiré à l'administration, tout, sans exception; elle était d'ailleurs le complément, et en quelque sorte l'exécution de celle du 28 pluviôse an VIII,

Digitized by Google

qui avait déjà saisi les Conseils de préfecture de toutes les demandes formées contre les entrepreneurs de travaux publics. C'était l'esprit du temps : après avoir fait aux droits privés des concessions excessives, on en était venu à ne plus songer qu'à ceux de la puissance publique. Les termes de la loi de 1807 ne laissent aucun doute sur ce point, et il n'est pas contesté que, jusqu'à celle du 8 mars 1810, aucune question d'expropriation, de quelque nature qu'elle fût, sur quelque objet qu'elle portât, n'était laissée à la juridiction des tribunaux. Ainsi, d'après la loi de 1807, la compétence administrative n'admettait ni limite, ni restriction. Ce premier point n'est pas douteux. Il en est un autre également certain, c'est que la loi de 1807 est encore en vigueur dans celles de ses dispositions qui n'ont pas été modifiées par des lois postérieures : on l'applique journellement dans cette limite, et la Cour de cassation, bien qu'elle semble dans un de ses considérants la tenir pour abrogée, en reconnaît l'existence, par la distinction même qu'elle établit entre les diverses mesures prises par l'administration à l'égard de la propriété privée, puisqu'il en est dont elle déclare que les conséquences doivent, d'après cette loi, être appréciées et réglées par l'autorité administrative.

De cette double proposition, il résulte que tout ce qui n'a pas été retiré à l'administration par une loi postérieure est resté dans son domaine en vertu de celle de 1807, et la question consiste dès lors à déterminer ce qui lui a été en effet retiré par les lois de 1807, 1833 et 1841, les seules qui l'aient modifiée dans les dispositions dont nous nous occupons.

Ces lois contiennent toutes trois une disposition de principe et des règles d'exécution.

« L'expropriation pour cause d'utilité publique, disent-elles dans leur premier article, s'opère par autorité de jus-

Digitized by Google

tice. » C'est donc l'expropriation dont elles ont dessaisi l'administration pour la donner à la justice. Qu'est-ce que l'expropriation? Dans l'esprit de toutes ces lois, cette expression désigne l'acte par lequel un citoyen est dépossédé de son bien, en vertu d'une main-mise exercée par l'État. Tant que le bien lui reste en entier, sans être entamé en aucune façon, il n'y a pas expropriation ; que si les conditions de sa jouissance sont modifiées, il peut en ressentir un dommage, mais il n'est pas exproprié ; sa propriété aura moins de valeur peut-être, mais elle est matériellement intacte. On n'a pas compris dans la catégorie des expropriations les droits accessoires à la propriété, les servitudes de vue ou de passage sur une voie publique, la faculté de se servir de la force motrice produite par un cours d'eau. Que cette restriction soit contraire aux principes généraux du droit, il se peut; mais il s'agit ici d'une matière exceptionnelle qui a ses règles propres, et il suffit de lire attentivement les trois lois de 1807, 1833 et 1841, pour se convaincre que tel en est l'esprit. En effet, l'article qui en est le principe a pour commentaire nécessaire les dispositions destinées à en déterminer l'application. Tout se lie dans ces dispositions : d'abord, une instruction administrative est suivie à l'effet de désigner les propriétés dont la *cession* est nécessaire ; il en est dressé un plan. Les propriétaires sont appelés à contredire; une Commission donne son avis; le préfet détermine par un arrêté spécial les propriétés *qui doivent être cédées*. Alors commence le rôle de l'autorité judiciaire ; c'est elle qui prononce l'expropriation *des terrains ou bâtiments compris dans l'arrêté du préfet*. Enfin, le jury règle les indemnités. Cette longue série de formalités ne s'applique et ne peut s'appliquer qu'à une expropriation directe, réelle, matérielle. Il n'est jamais question dans la loi que

Digitized by Google

de terrains et bâtiments à céder. On n'y trouve pas un mot qui puisse s'appliquer à un dommage extérieur, à une diminution de valeur, à une modification dans les conditions de la jouissance.

Mais, dit-on, l'altération permanente et définitive de la jouissance modifie la propriété même, et le propriétaire a droit à une indemnité, comme s'il subissait une expropriation réelle d'une partie du sol. Cela est vrai ; aussi l'administration ne conteste-t-elle point qu'une indemnité ne soit due. Ce n'est pas sur la dette en elle-même que porte la difficulté, mais sur le choix de l'autorité chargée d'en fixer la quotité. Il ne s'agit que de la compétence. Or, les questions de compétence ne se résolvent point à l'aide d'analogies plus ou moins exactes; elles sont de droit étroit et trouvent leur solution dans le texte même des lois qui assignent à chaque autorité des attributions définies. Or, celles que nous discutons ne s'appliquent qu'à la prise de possession définitive d'une partie même du sol ; elles ne peuvent être étendues au delà. On peut d'autant moins leur donner cette application, que, pour la faire, il faudrait les scinder. En effet, lorsqu'il n'y a pas expropriation matérielle, il ne peut y avoir ni plan des propriétés à céder, ni arrêté du préfet qui les désigne, ni jugement du tribunal qui en ordonne l'expropriation. A vrai dire, on ne peut exécuter la loi qui veut que l'expropriation même, c'est-à-dire le fait qui ouvre le droit à l'indemnité, s'accomplisse par autorité de justice. Ceux même qui veulent attribuer compétence à l'autorité judiciaire, n'ont jamais prétendu qu'elle dût intervenir dans cet acte préliminaire ; ils n'entendent lui donner que le règlement même de l'indemnité. Sur ce point encore, on éprouve d'autres difficultés : qui fera ce règlement, le jury ou le tribunal? Si c'est le jury, comment appliquer les dispositions

Digitized by Google

et les délais qui concernent sa convocation, qui définissent ses pouvoirs, qui lui imposent certaines règles, et les offres préalables et toutes les formalités établies pour un autre ordre d'idées ? si c'est le tribunal, comme on paraît disposé à le penser, la loi de 1841 n'est plus rien, car on en change toute l'économie. On s'est passé du tribunal au moment où elle le fait intervenir, et on le met en mouvement au moment où elle lui a substitué le jury. On ne s'en sert plus que pour y puiser un principe général et théorique, principe qui n'est écrit dans aucun de ses articles et dont elle aurait organisé l'application, si elle eût entendu le reconnaître.

Ce n'est pas tout encore : rien n'est plus vague et plus indécis que la distinction qu'on veut établir entre les dommages temporaires et les dommages permanents. Cette distinction, le Conseil d'Etat l'avait d'abord adoptée; il cédait, selon toute apparence, au désir qu'il éprouve toujours, aussi bien que la Cour de cassation, de fondre les deux jurisprudences dans de communes doctrines. L'expérience lui a prouvé que cette voie nouvelle était pleine d'incertitudes et d'arbitraire. La force motrice d'un moulin a été réduite par le détournement d'une partie des eaux qui l'alimentaient; mais combien de temps l'administration aura-t-elle besoin de ces eaux ? Le détournement en est-il définitif ? a-t-il lieu en toute saison ? Une route a été exhaussée, mais quelle devra être l'importance du dommage pour qu'on l'assimile à une expropriation? « L'exhaussement, dit l'arrêt de cassation du 30 avril 1838, est notable et permanent. » Dans quels cas sera-t-il considéré comme notable ? S'il n'oblige qu'à établir un plan incliné pour avoir accès, sera-t-il susceptible d'être déféré aux tribunaux ? Mille hypothèses peuvent se présenter, et chacune peut offrir des difficultés nouvelles. Comment admettre une théorie qui conduit à de tels embarras?

Digitized by Google

comment exposer les parties à de tels doutes, quand il s'agit pour elles du choix de leurs juges, et l'ordre des compétences peut-il être livré à des appréciations de fait aussi variables? Au contraire, la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat est simple dans l'application, et offre aux justiciables une règle de conduite sur laquelle ils ne peuvent pas se méprendre. S'agit-il d'une expropriation réelle, ne fût-ce que d'un centiare, les tribunaux sont compétents; s'agit-il d'un dommage extérieur, temporaire ou permanent, notable ou minime, c'est à l'administration à régler l'indemnité.

A notre avis donc, la jurisprudence du Conseil d'Etat est la plus conforme à la loi et la plus facile à appliquer. En terminant cette discussion, nous ne pouvons pas nous empêcher de protester contre la pensée de ceux qui croient que les intérêts de la propriété seront nécessairement sacrifiés si l'administration est appelée à en connaître. C'est une prévention aussi injuste que celle qui inspire à quelques hommes publics des craintes sur la justice des tribunaux dans les affaires où l'Etat est en cause. Nous convenons que l'une et l'autre juridiction ont des préoccupations qui leur sont propres, préoccupations légitimes et salutaires; mais toutes deux savent également se renfermer dans les limites que leur imposent les lois et l'équité.

M. Dufour paraît pencher, en droit strict, si l'on peut ainsi dire, pour la jurisprudence du Conseil d'Etat; il termine pourtant la discussion fort claire à laquelle il se livre sur cette question, par un conseil que nous ne saurions approuver et où nous ne retrouvons point son bon esprit habituel: « La conduite à tenir dans la pratique, dit-il, est aisée à déterminer. La jurisprudence judiciaire étant la plus favorable, c'est elle qu'il faut suivre, au ris que de se voir empêché par un arrêté de conflit. L'administration omet parfois

Digitized by Google

d'user de ce moyen extrême. » C'est inviter les parties à s'engager dans une procédure qui, la plupart du temps, sera frustratoire; et il y a quelque chose d'étrange à leur offrir ainsi de compter sur l'oubli ou la distraction des préfets ou des ministres. Pour nous, nous dirons qu'il importe que le gouvernement donne des instructions pour déjouer cet espoir, moins encore pour empêcher les tribunaux de sortir de leurs attributions, que pour éviter de laisser éclater une contrariété de jurisprudence, qui ne pourra plus se produire si l'autorité judiciaire est dessaisie à propos.

Nous avons énuméré toutes les questions sur lesquelles, à notre connaissance, il y a dissentiment entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Comme on le voit, elles sont peu nombreuses; et quand on songe à la multitude des affaires dans lesquelles la compétence est douteuse, aux nuances délicates qui distinguent les limites des deux pouvoirs, à l'obscurité de plusieurs des dispositions qui les régissent, on ne peut que rendre hommage à l'esprit de justice et d'impartialité qui a rapproché à ce point deux autorités entre lesquelles pouvaient survenir tant et de si graves différends.

Cette dissertation n'est pas aussi étrangère qu'elle le paraîtra peut-être au livre de M. Dufour; car c'est lui qui nous en a fourni les éléments, et l'on peut juger par là de la richesse des matériaux qu'il renferme. Après avoir critiqué ce livre en toute liberté, nous aimons à le présenter encore comme un des travaux les plus complets et les plus consciencieux qui aient été publiés sur le droit administratif. L'auteur aura contribué activement au développement de cette science dont les premières bases ont été posées il y a vingt ans à peine, et qu'il ne sera bientôt plus permis à aucun homme public d'ignorer. VIVIEN.

Digitized by Google

RÉSULTATS DES OPÉRATIONS

DES

CONSEILS GÉNÉRAUX DE L'AGRICULTURE, DES MANUFACTURES ET DU COMMERCE,

DANS LEUR DERNIÈRE SESSION, DE 1842,

Par M. ORTOLAN, membre du Conseil général du commerce.

Au moment où les trois Conseils généraux de l'agriculture, des manufactures et du commerce sont réunis, il ne sera pas hors de propos de résumer laconiquement quels ont été les résultats de la session dernière, afin de mieux comprendre quels doivent être ceux de la session actuelle, dont nous présenterons un compte-rendu complet dès qu'elle sera terminée.

On sait que ces trois Conseils, convoqués jusqu'à ce jour sans périodicité régulière, ne sont que des Conseils consultatifs. Ils délibèrent et votent chacun séparément sur les questions qui leur sont soumises par le ministre, ou sur celles dont ils peuvent prendre l'initiative; néanmoins, pour certaines discussions qu'il est bon de faire en commun, ils sont formés quelquefois en assemblée générale, les votes, après de semblables débats, étant toujours donnés par chaque Conseil séparé.

Si l'on cherche à caractériser l'esprit de ces assemblées, il sera vrai de dire qu'elles offrent le plus souvent la lutte des intérêts divers, discutant dans des vues exclusives, chacun pour son propre compte. Et néanmoins, il y a là une idée libérale, une utile institution. Les hommes qui composent ces Conseils sont presque tous des hommes d'expérience, qui font connaître des faits, qui expriment des besoins, avec quelque passion sans doute, mais avec l'autorité d'une pratique de chaque jour. Il est bon que tous les intérêts puissent faire entendre leur voix ; c'est au gouvernement qui les écoute à les apprécier, à les modérer les uns

Digitized by Google

par les autres, et à ramener vers un but social les instructions qu'il en recueille.

Le régime de prohibition et de protection dans lequel la France, l'Europe et le monde commercial entier sont engagés est, en quelque sorte, la féodalité de l'industrie, avec une confusion, un enchevêtrement inextricable de dominations et de sujétions des uns aux autres, avec une série interminable d'avantages, d'immunités, d'exemptions : profit pour les uns, charges pour les autres ; comme il en était jadis de l'organisation de la société elle-même. Il faut tendre constamment et résolument à en sortir, à progresser vers une époque de relations et d'échanges internationaux plus faciles et plus multipliés ; mais il faut le faire sans secousse, en ménageant les intérêts qui y sont compromis, et en obtenant des autres nations de justes retours pour les facilités que nous leur accorderons. Chacun comprend bien cette nécessité tant qu'il ne s'agit que de son voisin ; mais dès qu'on arrive à entamer ses priviléges, c'est tout autre chose ; et alors, pour mieux résister, il se fait des alliances défensives.

Des trois Conseils généraux, celui du commerce a les tendances économiques les plus avancées, et plus spécialement encore le commerce maritime, qui, ne vivant que par les transports et par les échanges de toute nature, comprend bien plus largement la liberté commerciale et la nécessité des relations pacifiques entre tous les points du globe. L'histoire nous le démontre : la civilisation et le commerce, toujours et partout, ont commencé par le littoral.

Les questions soumises par le gouvernement aux trois Conseils généraux, dans leur dernière session, ont été celles des sucres, des bestiaux, des fers, des graines oléagineuses, des cuirs et peaux ouvrés, des verres et cristaux, des fils et tissus de laine ou de coton, du parcours et de la vaine pâture, du reboisement des montagnes, de la destruction des animaux et des plantes nuisibles à l'agriculture, du contrat d'apprentissage, du livret d'ouvriers, et enfin, des marques et dessins de fabrique.

Digitized by Google

Quelques autres ont été soulevées et signalées au ministre par l'initiative des divers Conseils.

I. — Question des sucres.

La *question des sucres* était non pas une question de douane à l'encontre des produits étrangers, mais une question d'égalité ou d'inégalité d'impôt entre deux produits similaires, l'un du territoire continental, l'autre du territoire colonial de la France. Les détails en sont tellement connus, qu'il est inutile de les reproduire. Dans tous les débats, à part de faibles exceptions, on a vu deux intérêts rivaux se mettre d'accord pour dire à l'Etat, — l'un (les colonies et les ports) : « Proscrivez ! payez ! à nous le monopole ! » — l'autre (les fabricants de sucre indigène) : « Proscrivez, mais rachetez ! payez ! nous nous retirons. » — Ensemble : « Donnez-leur ! donnez-nous ! »

Proscrire, c'était proscrire non pas le présent, mais tout l'avenir, mais la science et toutes ses découvertes, et tous ses progrès possibles dans cette branche de production ; et si l'on proscrivait, l'indemnité était due, non pas comme acte de bienveillance, mais comme droit rigoureusement exigible ; car on plaçait une industrie hors la loi commune, on lui enlevait la liberté, qui est le droit de tous, et sous laquelle elle s'était formée.

Heureusement il y avait une autre solution. Il suffisait de s'en tirer par les principes : liberté de l'industrie, mais égalité de charges pour deux produits, qui tous les deux sont des produits français ; et l'égalité de charges, même immédiate, ne comportait aucune indemnité ; car elle est le droit commun, le droit constitutionnel qui nous régit.

Le Conseil général du commerce a adopté cette solution ; il a voté pour l'égalité immédiate de droits, sans indemnité ; tandis que l'agriculture et les manufactures émettaient l'avis de maintenir la législation alors existante, c'est-à-dire un privilége en faveur du sucre indigène. On sait que la loi du 2 juillet 1843 a établi en principe cette égalité, mais pour ne commencer, en fait, qu'à partir de 1847.

Digitized by Google

II. — Questions des bestiaux, des fers et des graines oléagineuses.

Les trois questions qui suivent : celle *des bestiaux*, celle *des fers*, et celle *des graines oléagineuses*, avaient toutes ce caractère commun, qu'elles présentaient des demandes de diminution ou d'augmentation de droits protecteurs.

Le régime protecteur, qui a pour but de contenir la concurrence des produits similaires étrangers en frappant ces produits de droits plus ou moins élevés à leur entrée en France, dans l'état actuel des choses et dans de certaines limites est souvent utile ou même nécessaire pour protéger, en ses débuts, une industrie naissante et faible encore. Mais toute protection impose toujours un double sacrifice : premièrement, par le prix plus élevé que paye le consommateur ; secondement, par les représailles de l'étranger. Elle est donc naturellement temporaire, et l'on doit se hâter, en toute occasion favorable, de l'adoucir et de la faire disparaître.

Dans les débats relatifs au *tarif des bestiaux* devant les Conseils, trois faits capitaux et incontestables ont mis la solution désormais hors de controverse.

D'une part, il a été prouvé que la perception de l'impôt par tête contient une violation du principe constitutionnel de l'égalité des charges : inégalité d'individu à individu, et inégalité plus grande encore de frontière à frontière ; à tel point que les populations du Midi payaient, pour les provenances de Sardaigne et d'Espagne, un impôt double et souvent triple de celui payé sur les frontières du Nord.

D'autre part, ce fait, effrayant pour un avenir donné, s'il n'y est porté remède, que l'abattage, c'est-à-dire la destruction de la race bovine, marche en France plus vite que la production, et, en outre, l'élévation générale et constante du prix de la viande, ont démontré la nécessité de donner plus d'accès à la production étrangère.

Le Conseil général du commerce a voté à l'unanimité pour l'abrogation de la perception par tête, et pour son remplacement

Digitized by Google

par la perception au poids, tant à la frontière quant au droit de douane, qu'à l'entrée des villes quant au droit d'octroi, avec une diminution considérable du droit de douane. Le Conseil général des manufactures s'est réuni à cette opinion en ce qui touche le changement du mode de perception, mais de manière à maintenir le droit de douane à peu près au même taux; tandis que le Conseil général d'agriculture, par une contradiction dont quelques intérêts isolés peuvent seuls donner l'explication, a voté en même temps pour la perception au poids à l'octroi des villes, et pour la perception par tête, sans diminution de droit, à la frontière.

Un traité avec la Sardaigne, traité dont les dispositions financières ont été sanctionnées par le pouvoir législatif, a depuis remplacé, sur cette frontière, la perception par tête par la perception au poids. C'est avoir porté remède aux inégalités les plus choquantes et aux besoins les plus pressants; mais la question générale n'est pas finie pour cela. Elle mérite encore aujourd'hui une grande attention, parce qu'elle est toujours pendante, toujours plus urgente, le gouvernement ni la législature n'y ayant encore donné de solution complète. Il ne faut pas croire, parce qu'on n'en parle plus, que les intérêts généraux et l'alimentation populaire en souffrent moins.

A l'égard des fers, voici le jeu des intérêts : d'une part, l'agriculture, l'industrie manufacturière, le commerce, surtout le commerce maritime, et le consommateur, qui emploient, transportent ou échangent le fer, demandaient un abaissement du tarif. D'autre part, les maîtres de forges, et à côté d'eux les propriétaires et marchands de bois, qui vendent aux maîtres de forges le combustible, en le faisant payer de plus en plus cher, résistaient à cet abaissement. Si la diminution n'était pas introduite d'une manière générale, ne fallait-il pas du moins l'admettre pour les fers destinés à former les *rails* de nos chemins de fer?

Certes, s'il se présentait des motifs déterminants pour faire adopter un abaissement des droits de douanes, c'était bien dans

Digitized by Google

cette occasion. La situation générale de notre industrie métallurgique est une situation de progrès. Elle produit beaucoup plus et à bien meilleur marché qu'autrefois. Si malgré cela ses prix aujourd'hui se tiennent fermes ou entrent dans un mouvement d'ascension, c'est en face de l'augmentation prodigieuse que prennent chaque jour parmi nous l'emploi et la consommation du fer, en face des besoins extraordinaires que nous allons en avoir. L'établissement des *railways*, les constructions terrestres, les monuments, les meubles de toute nature où l'usage du fer se multiplie de jour en jour, les constructions de navires, de bateaux et de machines à vapeur : tout cela ouvre à l'industrie métallurgique de tels débouchés, des débouchés si rapides et si inespérés, que la production étrangère pouvait être appelée sans crainte à y prendre part. Joignez-y l'utilité de ménager à notre marine marchande le transport de cette marchandise d'encombrement, et la possibilité d'obtenir en échange des avantages réciproques dans les tarifs étrangers.

Le Conseil général du commerce a voté pour une réduction générale du droit, en indiquant, en outre, quelques mesures utiles à faire marcher de pair avec cette réduction. Mais l'avis des deux autres Conseils a été pour le maintien des droits existants, sans en excepter même les *rails* des chemins de fer. Et c'est là que nous en sommes. Aujourd'hui on met en question si du moins les fers et tôles étrangers ne pourraient pas être admis en franchise pour la construction des bâtiments de mer.

Les résolutions des trois Conseils généraux, relativement *au tarif des graines oléagineuses*, ont continué de présenter le même caractère d'opposition. Le Conseil général de l'agriculture a voté pour une augmentation de ce tarif d'après une échelle mobile annuelle ; le Conseil général des manufactures, pour une augmentation moins élevée et fixe ; l'un et l'autre se sont accordés pour signaler la graine de sézame comme devant être frappée à l'importation d'un droit plus considérable, proportionnel à son rendement. Tandis que le Conseil général du commerce, considérant les plaintes de l'agriculture comme non fondées, puisque,

Digitized by Google

malgré l'introduction étrangère, les prix de nos produits, au lieu de fléchir, ont été en hausse, s'est borné au vote d'une mesure propre à déjouer certaine fraude qui avait lieu dans le transport des graines de la Baltique par navires étrangers.

La loi qui est intervenue dans la session dernière, et qui, après des luttes animées, a frappé d'une augmentation considérable de droit l'entrée des graines de sézame, a suivi, sur ce point, l'impulsion donnée par les Conseils de l'agriculture et des manufactures.

III. — Questions des cuirs et peaux ouvrés, des verres et cristaux, des fils et tissus de laine ou de coton.

Il s'agissait de savoir, pour ces trois matières, s'il y avait lieu de passer du système prohibitif, sous lequel elles sont placées, au régime protecteur.

Le système prohibitif, qui consiste à interdire radicalement l'entrée des produits similaires étrangers, est la négation absolue du commerce et des relations d'échange entre nations. Les intéressés eux-mêmes et les partisans les plus opiniâtres des restrictions conviennent que ce système est, bien plus encore que celui des droits protecteurs, essentiellement temporaire. Il était proposé d'en sortir à l'égard des trois industries que nous venons de citer.

Le Conseil général du commerce et celui des manufactures ont été d'accord pour reconnaître, *quant aux cuirs et peaux ouvrés*, que cette production a acquis en France une supériorité incontestable; qu'elle est en état de rivaliser avantageusement avec l'étranger sur tous les marchés; qu'en conséquence le temps était venu de convertir la prohibition en un droit protecteur. L'industrie intéressée en convenait elle-même, se bornant à demander que ce droit protecteur fût encore fort élevé. Le Conseil général de l'agriculture est allé plus loin, il a voté pour le maintien de la prohibition.

Le Conseil général du commerce a pensé également que la prohibition devait être levée et convertie en un droit protecteur

Digitized by Google

à l'égard *des articles de cristallerie et de verrerie*. Non-seulement l'industrie française jouit, pour divers de ces produits, d'une exclusion absolue contre l'étranger, mais encore nos quatre principales fabriques de cristaux se sont coalisées et empêchent même la concurrence nationale. Cependant leurs produits luttent avec avantage, sur les marchés de l'Amérique, contre les cristaux belges et anglais : ils pourraient donc, à plus forte raison, lutter à l'intérieur, surtout avec le privilége d'un droit protecteur. — Le Conseil des manufactures a voté, au contraire, pour le maintien de la prohibition, sauf à l'égard de deux articles seulement. Quant au Conseil général de l'agriculture, il ne s'est pas prononcé.

Enfin les deux Conseils généraux du commerce et des manufactures, les seuls aussi qui aient traité la question *des fils et des tissus de laine ou de coton*, tout en reconnaissant les progrès faits, depuis 1834, par ces industries, qui présentent plus d'abondance dans la somme de leurs produits, plus d'invention et de variété dans leurs créations, et enfin une diminution de prix, n'ont pas cru néanmoins le moment opportun pour lever la prohibition.

IV. — Questions de législation agricole ou industrielle.

Les Conseils généraux étaient appelés à exposer leurs vues sur diverses matières à régler législativement dans des intérêts agricoles.

L'esprit de la loi de 1791, en consacrant et en réglant *les droits de parcours et de vaine pâture*, avait été de venir au secours des familles indigentes dans les communes rurales. Cette loi a été, dans l'usage, tellement détournée de son but, que ce sont aujourd'hui, très-communément, de riches cultivateurs, des propriétaires de nombreux troupeaux, ou des industriels spéculant sur l'éducation des bestiaux, qui en profitent aux dépens des autres. Ne convenait-il pas de supprimer ce droit?

La destruction progressive des forêts, les défrichements in-

Digitized by Google

considérés sur les pentes des montagnes et des collines peuvent, à bon droit, être regardés comme des causes qui ont amené des résultats funestes pour l'agriculture : modifications de climats, variations de température, violence des vents, tarissement des sources, sécheresses plus fréquentes et prolongées ; des marais dans les vallées, et des arêtes nues sur les hauteurs. N'était-il pas urgent qu'une loi spéciale et l'administration pourvussent *au reboisement des montagnes?*

L'échenillage, aujourd'hui tombé en désuétude ; la destruction générale et simultanée de certains insectes qui peuvent attaquer, dans certaines localités, toute une nature particulière de récoltes; l'échardonnage, ou la destruction de quelques autres plantes nuisibles, portées à se propager de proche en proche et à infester tous les voisins, n'étaient-ils pas de nature à faire l'objet de diverses mesures de police rurale?

Et que décider quant *au ban de vendange*, observé inégalement, et abandonné même entièrement dans certaines localités?

Toutes ces questions entraient plus spécialement dans la compétence du Conseil général d'agriculture, qui a dû les éclairer de son expérience. Le Conseil général du commerce, sans entrer dans les détails d'exécution, s'est borné à émettre, avec toute réserve, des vœux généraux : pour la suppression du droit de parcours et de vaine pâture, pour le reboisement des montagnes et le desséchement des étangs, pour des mesures tendant à la destruction des plantes et des animaux nuisibles à l'agriculture, et enfin pour les études préparatoires à la rédaction d'un *Code rural ;* quant au ban des vendanges, il s'est maintenu dans le *statu quo*. Aucun résultat, jusqu'à ce jour, ne s'est produit quant à ces diverses matières, et la question du parcours et de la vaine pâture est représentée aux Conseils généraux, par le ministère, dans leur session actuelle.

Les Conseils généraux étaient consultés également sur les bases législatives propres à réglementer certaines matières liées aux intérêts industriels.

Le contrat d'apprentissage, qui offre une situation dans la-

Digitized by Google

quelle la sollicitude spéciale du législateur doit être éveillée, puisque ce contrat intervient communément entre un majeur, le maître, et un mineur, l'apprenti ; ce dernier incapable de contracter par lui-même et ne pouvant le faire que par l'intermédiaire de son père ou de son tuteur ;

Les livrets d'ouvriers, qui intéressent la police du travail et constituent une garantie à la fois pour l'ouvrier probe et laborieux, pour le maître qui l'emploie et pour la société, comme moyen d'ordre public et de sécurité privée : matière sur laquelle la législation actuelle est à compléter en un sens qui étende et qui fortifie cette institution ;

Enfin, les marques et les dessins de fabrique, dont il importe d'assurer, soit la propriété quant aux marques, soit le privilége temporaire dû à l'inventeur quant aux dessins, en réglant les conditions de dépôt, de publicité, de durée, ainsi que la répression des usurpations ou contrefaçons.

Ces diverses matières n'ont pas été traitées par le Conseil général d'agriculture, qui s'est borné à exprimer le vœu que les journaliers ou gens à gages de l'agriculture ne fussent pas soumis à l'obligation du livret ; mais elles ont été l'objet d'un examen approfondi dans les deux autres Conseils.

Les discussions et les votes de ces Conseils, si compétents en de pareils sujets, ont fourni des bases excellentes pour la nouvelle législation à faire, quoique ces votes aient présenté, sur certains points, des différences notables. Ainsi, quant aux dessins de fabrique, le Conseil général des manufactures limite la durée du privilége, selon la nature des dessins, d'un an à trente ans, et le Conseil général du commerce d'un an à dix ans seulement. Le Conseil général des manufactures veut que les dessins déposés restent tenus secrets et soient rendus à leur auteur ou propriétaire à l'expiration du privilége ; et le Conseil général du commerce demande, au contraire, qu'après l'expiration du privilége, les dessins tombant dans le domaine public, le gouvernement puisse en disposer soit dans l'intérêt des villes, soit pour en composer des collections spéciales ouvertes au public, Enfin,

Digitized by Google

le Conseil général des manufactures est d'avis que les contrefacteurs puissent être poursuivis soit par action correctionnelle, soit par action civile, et même, dans un cas particulier, seulement par action correctionnelle, ce qui serait en opposition avec notre droit commun ; tandis que le Conseil général du commerce, au contraire, croit que pour l'exécution plus spéciale, plus prompte et plus efficace de la loi, il convient d'attribuer exclusivement aux tribunaux de commerce la connaissance des contrefaçons, et, en conséquence, d'ôter à ces contrefaçons le caractère de délit que leur attribue l'art. 425 du Code pénal, en ne les réprimant que par des dommages-intérêts au profit de la partie lésée.

Depuis ces votes des Conseils généraux, et d'après les bases ainsi préparées, le gouvernement a saisi les Chambres de projets de lois sur les marques industrielles et commerciales, sur les modèles et dessins de fabrique et sur les livrets d'ouvriers : projets qui sont aujourd'hui à l'état de rapport. Ce qui concerne le contrat d'apprentissage est mis de nouveau à l'étude des trois Conseils généraux, dans la session actuelle.

V. — Vœux généraux.

Ici se termine l'exposé des propositions officielles soumises aux trois Conseils; mais chacun de ces Conseils, outre ces propositions, est dans l'usage, à la demande de l'un de ses membres ou à celle des Chambres de commerce dont il émane, de porter, sur d'autres points, son examen, et d'émettre des vœux que l'on désigne par l'expression de *vœux généraux*. Ces vœux ordinairement ne reçoivent pas beaucoup de publicité. Le Conseil général du commerce a voté plus d'une fois la demande que les procès-verbaux en soient imprimés : cette mesure n'étant pas encore adoptée, les vœux généraux vont s'accumuler dans les cartons du ministère, comme renseignements utiles à consulter, ou bons à laisser dormir.

Ceux des Conseils généraux de l'agriculture et des manufac-

Digitized by Google

tures nous sont inconnus; mais voici les principaux, émis dans la session dernière, par le Conseil général du commerce.

Les uns intéressent la législation et l'organisation commerciales.

De ce nombre sont ceux relatifs au *timbre des effets de commerce*, au *mandat de change* et à la *clause du retour sans frais*. Le gouvernement avait présenté aux Chambres, sur le timbre des effets et obligations, un projet de loi, emprunté à la législation anglaise, prononçant une nullité radicale, et accompagné d'un ensemble de dispositions pénales, qui avait alarmé véritablement le commerce. De toutes parts les chambres de commerce avaient adressé des observations. Il s'agissait de trouver les bases d'un meilleur système. Le Conseil général du commerce en a présenté un fondé sur les principes économiques et équitables de l'abaissement du timbre et de la modération dans les dispositions répressives [1]. Depuis, le gouvernement a retiré son projet de loi, qu'il n'a pas encore remplacé par un autre.

Le mode d'élection des membres des chambres de commerce, régi par l'ordonnance du 16 juin 1832, a paru donner aux commerçants une part beaucoup trop étroite en cette élection. On a recherché s'il ne conviendrait pas d'y appeler tous ceux qui figurent sur la liste des notables. Le Conseil général, sans se prononcer formellement sur ce point, a émis le vœu :

« *Que le gouvernement examine la possibilité de modifier, dans un sens d'extension, le système actuel d'élection des membres des chambres de commerce.* »

De même, l'institution du *Conseil supérieur du commerce*, sorte de Conseil consultatif formé autour du ministre, a paru au Conseil général du commerce susceptible de recevoir des améliorations dans les règles relatives soit à sa composition, soit à ses réunions. En conséquence, le Conseil général a émis le vœu :

[1] Voir ce système dans le rapport fait par M. Ortolan au Conseil général du commerce, rapport que nous avons inséré dans notre *Revue*, t. XV, troisième livraison.

Digitized by Google

« *Que le gouvernement examine si la composition du Conseil supérieur du commerce répond à tous les besoins, et s'il ne conviendrait pas de le modifier dans un sens plus large; s'il n'y aurait pas utilité à ce que les réunions de ce Conseil fussent plus fréquentes.* »

D'autres vœux intéressaient plus particulièrement la navigation marchande et le commerce maritime.

L'opération du plombage, usitée dans notre régime de douanes, a soulevé de nombreuses réclamations. Le prix du plombage, en l'état actuel, est souvent de 1/2, de 3/4 ou même de 2 pour 100 de la valeur de la marchandise, et quelquefois de beaucoup plus encore. Ce prix forme un casuel réparti entre les divers employés de l'administration : ce qui tend à mettre l'intérêt privé du fonctionnaire en opposition quotidienne avec celui du commerce. Le Conseil général du commerce a pensé, d'ailleurs, que c'est au budget de l'État à rétribuer suffisamment et honorablement les employés, et non à certaines marchandises grevées illégalement. En conséquence, il a exprimé le vœu :

« *Qu'il soit apporté des modifications aux mesures de plombage employées par la douane. Que le plombage soit supprimé dans tous les cas où il ne garantit en aucune manière la nationalité de la marchandise, et où il ne constitue véritablement qu'une formalité onéreuse et inutile. Qu'à l'égard des cas où cette formalité est réellement utile, le droit à payer à l'administration pour le plombage ne soit que le remboursement de la valeur des plombs.* »

A ce vœu sont venus se joindre, dans le même ordre d'idées, ceux :

Pour la révision et la codification en une seule loi, de toutes les lois et ordonnances en *matière de contraventions de douanes;*

Pour l'uniformité d'interprétation et d'exécution *des règlements sanitaires* sur tous les points de la France, par toutes les intendances;

Et pour la confection d'un *Code de discipline de la marine marchande.*

Digitized by Google

Enfin nous signalerons encore quelques vœux relatifs aux traités de commerce et à nos relations internationales ; particulièrement les deux suivants, qui se réfèrent aux généralités de cette matière :

« *Que le gouvernement admette autant que possible quelques notabilités commerciales dans les commissions chargées de préparer et de discuter les traités de commerce.* »

« *Que l'attention du gouvernement se porte davantage sur la nécessité, dans l'intérêt du commerce français, d'avoir, à l'extérieur, des agents ayant, plus que ne l'ont généralement nos consuls, la connaissance pratique des affaires de commerce.* »

Les consuls, dans leur origine, n'ont été que les délégués et les représentants du commerce : il ne faut pas que les préoccupations diplomatiques, quelque importantes qu'elles soient, et encore moins les choix politiques prévalent tout à fait sur ce caractère.

Un ensemble de travaux tels que ceux que nous venons de résumer, préparés dans des Commissions d'hommes spéciaux, discutés dans de longues séances quotidiennes, et accomplis, en définitive, dans l'espace d'un mois, témoigne de toute l'activité des Conseils généraux de l'agriculture, des manufactures et du commerce. Nous n'avons présenté ici que le sommaire, que la formule des résolutions ; mais c'est surtout dans les éléments sur lesquels s'appuient ces résolutions, dans l'exposé des faits, dans les chiffres statistiques, dans les documents de toute nature qui y sont joints, que se trouve une source précieuse d'instruction pour l'administration et pour tous ceux à qui il est donné de pouvoir recourir à ces documents.

E. Ortolan,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

Digitized by Google

CORRESPONDANCE.

LES MANUSCRITS DES BASILIQUES.

Monsieur le directeur,

Au moment où M. Heimbaich met la dernière main à sa nouvelle et précieuse édition des Basiliques, peut-être serait-il opportun de tenter un dernier effort pour découvrir le manuscrit de la reine Catherine de Médicis, malheureusement perdu, et d'appeler l'attention des savants sur les faits qui peuvent mettre sur la voie de cette recherche.

On sait à n'en pas douter, aujourd'hui, que la bibliothèque du cardinal Ridolfi a contenu au moins deux manuscrits des Basiliques. Cette bibliothèque a passé du maréchal Strozzi à la reine Catherine de Médicis, et de celle-ci à la Bibliothèque royale.

L'un des manuscrits des Basiliques est le n° grec actuel 1349 (*olim* 1840, mar. rouge, aux armes et au chiffre d'Henri IV, relié en 1604). Il contient l'*index* des livres 45 à 50, les livres 45 à 48 des Basiliques, le Pseudo-Eustathe sur les intervalles du temps, un petit traité sur la falcidie, commençant par : Ὅτι ὁ Φαλκίδιος. Ἄχρι μὲν τεσσάρων παίδων (tit. 32 du Prochiron de Basile), et enfin quelques lignes sur les mesures géométriques.

L'autre manuscrit ne se retrouve plus. On a bien conjecturé que ce pouvait être le ms. 1357 (olim Colbertinus 3224, postea regius 2048-3); comprenant l'*Epanagoge aucta*, l'*index* des livres 46 à 60 des Basiliques, et les livres 46 à 52; mais il est certain que ce manuscrit est une copie prise par Pierre du Faur sur les manuscrits même de Strozzi, et qu'il n'a jamais appartenu à la reine Catherine. Quelques notes de la main de du Faur, qui se trouvent sur les marges des manuscrits, une entre autres au fol. 89 *b*, où du Faur renvoie *apud Demetrium Chomatianum meum*, ne laissent aucun doute sur la provenance de ce manuscrit.

Il faut donc chercher ailleurs les traces du second manuscrit des Basiliques de la reine.

La Bibliothèque royale possède, sous le n° actuel 3074 (olim Colbertinus 3769, postea regius 3392-5) in-4°, un catalogue des livres grecs du cardinal Ridolfi. Au fol 1 *a* se trouve l'intitulé : *Index librorum reverendissimi dni Nicolai cardinalis Radluphi*. Cet index, qui renferme une série de titres de manuscrits grecs, est divisé en deux parties. La première contient des livres rangés par ordre de matières; la seconde est intitulée : *Libri promiscue in capsa XXV*.

D'un autre côté, Montfaucon, dans sa *Bibliotheca bibliothecarum*, tom. II, a publié, d'après le *Codex Colbertinus* 3769, le *Catalogus libr. mss. card. Radulfi*. Il s'est donc servi du même manuscrit catalogué aujourd'hui sous le n° 3074. Toutefois, nous ne pouvons nous empêcher de signaler la singulière contradiction qui existe entre le document manuscrit et le document imprimé. Montfaucon a bien publié la première partie du n° 3074, qui contient les livres par ordre de ma-

Digitized by Google

tières; aussi y voit-on figurer pag. 776, parmi les *libri græci in jure canonico et civili*, n° 1, le ms. 1349, livres 45 à 48, de la même manière qu'il figure dans le ms. Colbert, fol. 58 *b*, sous la même rubrique et le même numéro; mais au lieu des *libri promiscue in capsa XXV*, il donne, pag. 787, les *libri græci promiscue in capsa XXI*, section qui ne se trouve plus aujourd'hui dans le ms. 3074; en outre, les livres de cette *caisse* 21 sont tout autres que ceux de la *caisse* 25 détaillée par le manuscrit.

Dans le catalogue manuscrit, la *caisse* 25 ne renferme aucune partie des Basiliques; dans Montfaucon, au contraire, la *caisse* 21 renferme sous le n° 15 : *Quartus tomus incipiens a 46° libro usque ad sexagesimum*; sous le n° 17 : *la Synopsis Basilicorum, prima classis*. Ni l'un ni l'autre de ces manuscrits ne sont aujourd'hui à la Bibliothèque royale.

On y retrouve au contraire ceux catalogués par ordre de matières et ceux de la *caisse* 25.

Ainsi, pour les livres *in jure canonico et civili* de la partie du catalogue par ordre de matières, on trouve :

N° 1. *Basilicorum libri* IV, *nempe* 43 *à* 48, n° actuel 1349.

N° 4. *Matthæi Blastaris syntagma canonum — Harmenopuli promptuarium*, n° 1338. Le manuscrit est marqué sur la feuille de garde, *n°* 4, *della XXa capsa, n°* 4 *vigesimus quartus*.

N° 5. *Ecloga libr.* I-X *Basilicorum*, n° actuel 1353. Sur la feuille de garde *otta XXa capsa n°* 5 *vigesimæ quartæ* (le catalogue imprimé des manuscrits grecs de la Bibliothèque royale a commis ici une erreur. Le *Codex mediceus* du pseudo-Théodore Hermopolite n'est point, comme il le dit, le n° actuel 1358 (ancien fonds DXVI, 549, 2519); mais bien le *Codex*, gr. 1353. L'indication que nous venons de rapporter et la reliure d'Henri IV qui décore ce dernier numéro, ne peuvent laisser le moindre doute).

N° 7. *Theophili institutiones*, n° 1366 ; sur la garde, *n°* VII, *vigesimæ quartæ*.

N° 10. *Theophili institutiones*, n° 1365; au bas du dernier feuillet, *n°* X, ΙΟΥ *vigesimæ quartæ*.

N° 11. *Collectio canonum*, n° 1319; sur la garde, *n°* 3, ΓΟΥ *della XXa capsa*.

Il est facile de voir, d'après ces renseignements, que lorsque le maréchal Strozzi transporta d'Italie en France les manuscrits qu'il tenait du cardinal Ridolfi, les livres furent renfermés dans vingt-cinq caisses au moins et qu'il fut fait, au moment du transport, une cote des livres contenus dans chacune de ces caisses.

Or, si les manuscrits donnés par Montfaucon, comme contenus dans la caisse portant le n° 21, ne se retrouvent plus parmi les *Codices medicei*, il faut nécessairement qu'une caisse entière de manuscrits se soit égarée dans le trajet d'Italie en France, ou qu'elle soit restée en Italie, cachée dans quelque recoin d'où le hasard ne l'a pas encore fait sortir. Il est sans doute bien difficile aujourd'hui de se remettre sur la voie d'événements qui se sont accomplis il y a près de trois siècles ; mais il paraît certain que ces manuscrits ne sont jamais venus en France, et les inventaires de 1589 et 1599 ne constatent l'existence que d'un seul manuscrit des Basiliques, le n° actuel 1349, et ne contiennent aucun des livres de la *capsa XXI*.

Toutefois nous ne devons pas dissimuler qu'il y a dans tout ceci beau-

Digitized by Google

coup de faits dont il est difficile de rendre raison. D'abord, suivant les apparences, Cujas, qui a fait usage des livres 53 à 59 des Basiliques, a connu en France les manuscrits de la reine. Cependant, sa lettre du 20 juin 1571, où il dit : « je voulais encore avoir le plus gros tome des Basiliques de la reine, *que j'ai tenu autrefois* », pourrait faire allusion à son voyage d'Italie. Ensuite, comment se fait-il que le manuscrit Colbert 3769 ne contienne pas tout ce que Montfaucon a publié? Supposera-t-on qu'une partie du manuscrit s'est égarée depuis? Sa reliure aux armes de Colbert, de beaucoup antérieure à la publication de Montfaucon, contredit une pareille conjecture. Sans doute Montfaucon s'est servi d'une copie prise à une époque où le ms. Colbert était plus complet qu'il ne l'est aujourd'hui ; la probité littéraire du savant bénédictin n'admet pas d'autre supposition.

De quelque manière qu'on explique ces contradictions, il ne résultera pas moins positivement des explications qui viennent d'être données, qu'un manuscrit des Basiliques contenant les livres 46 à 60 a existé dans la bibliothèque de Strozzi, et que ce manuscrit s'est perdu avec beaucoup d'autres, soit en Italie, soit en France ; et qu'il est permis de ne pas désespérer de le voir sortir un jour de la retraite obscure et ignorée où il est caché. Peut-être le hasard amènera-t-il un résultat que l'enquête la plus minutieuse serait impuissante à produire.

Puisque je suis à parler des manuscrits de droit, permettez-moi, monsieur, d'ajouter quelques mots sur ceux qui se trouvent à la bibliothèque de l'École de médecine de Montpellier. Mon attention s'est naturellement dirigée sur les manuscrits du Code de Justinien, H. 82 et H. 83, et sur celui des Novelles de Léon, H. 73. Je vais tâcher de donner de ces manuscrits une notice aussi exacte que peuvent le permettre les quelques heures que j'ai consacrées à leur examen, au moins pour lever les incertitudes qui règnent sur le véritable caractère de ces manuscrits.

Le ms. H. 82 est in-fol. sur vélin, de 264 feuillets, relié en velours noir.

Il porte sur le 1er feuillet, servant de garde, *Codicis Justiniani libri IX. codex ms. bibliothecæ Buherianæ, c.* 37, MDCCXXI. Il est écrit à longues lignes. M. Haenel en a fixé la date au onzième siècle ; il m'a paru d'une époque plus récente ; dans tous les cas il est antérieur au quatorzième siècle. Il porte au dernier feuillet la note suivante : « Emptus fuit iste liber anno *Domini millesimo trecentesimo vigesimo septimo, mense septembri.* »

Il commence directement au livre I par la rubrique *De summa trinitate*. Les constitutions ne sont point chiffrées. La première est : *Cunctos populos...*, la seconde : *Missus hæreticis...*, la troisième, *Nemo clericus...*, la quatrième, *Inter claras...*, suivie du *Textus epistolæ*. On voit donc qu'il n'a point les constitutions dites restituées. Il a les inscriptions mais non les souscriptions. Dans le texte latin il donne des leçons dignes d'être recueillies. Dans le tit. II j'ai remarqué plusieurs différences dans les inscriptions : c. 3, *iidem a.a.a. cinegio præfecto* ; c. 4, *Impp. Honor. et Theod. decio præfecto urb.*; c. 5, confirme la leçon *Melitio* ; c. 8 confirme la leçon *Theodosius a. Isodoro P.* Le texte s'écarte en général de celui de la Vulgate et se rapproche de celui de Russard et d'Haloandre.

H. 83, pet. in-fol. vélin, de 209 feuillets, relié en mar. noir à l'écusson du président Bouhier. Sur le 1er feuillet, *lib. IX codicis bibl. Buherianæ, c.* 38, DCCXXI. Il est écrit à deux colonnes. M. Witte (*Die leges restitutæ*,

Digitized by Google

pag. 15) a justement suspecté l'exactitude des renseignements fournis par M. Haenel, qui s'en était trop complaisamment rapporté à la note écrite par le président Boubier en tête du manuscrit. Je puis affirmer que le texte ne contient aucune *souscription* et aucune trace de constitution grecque. La glose, qui est de la même main que le texte, est celle de Rogerius et porte son sigle ; quelques autres gloses sont d'une autre main et ne portent point de sigle. Il y a quelques feuillets rescrits et quelques-uns empruntés à un autre manuscrit du Code plus moderne. Une glose de Roger, sur la loi 2 *De vet. jur. enucleando*, est ainsi conçue : *Ab urbe condita usque ad Domini incarnationem secundum historiam romanam annumerantur septingenta quinquaginta anni. Hoc cum anno quo advenit incarnationem millesimus centesimus quinquagesimus octavus computatur, mille nogenti octo anni ab urbe condita sunt enumerandi. Unde si bene et diligenter quaeratur intuearis ad Domini Justiniani imperatoris hujus libri compositionem erant anni quingenti et octo computandi.* R. Cette glose fixe par conséquent la date du manuscrit à 1158.

H. 73, in-fol. papier oriental, 81 feuillets récemment numérotés au recto; quatre feuillets de garde au commencement et quatre à la fin ; recouvert en vélin ; seizième siècle.

Le 1er feuillet de garde porte une note extraite de l'*Apparatus sacer* de Possevinus, par le président Boubier : au haut du feuillet le n° 977. Sur le 4e feuillet de garde : *Leonis VI imperatoris Constantinopolitani constitutiones novellæ CXIII. item anonymi* Μελέτη περὶ τῶν ψίλων συμφώνων, *seu meditatio de nudis pactis. Codex ms bibliothecæ Buherianæ*, B. 149. DCCXXVII.

Fol. 1 *a*. Λέοντος ἐν χρίστω αἱ τῶν νόμων ἐπανορθωτικαὶ ἀνακαθάρσεις. Προοίμιον.

Fol. 2 *a*. Ἐν ὀνόματι ..... ὀφφικίων ἡμῖν. — Νεαρὰ α΄. Ὅτι χρὴ πάντα ..... ἀμφιβολίαν.— Ὁ μὲν δὴ περιώνυμος ..... ἀνηνέχθη.

Fol. 3 *a*. Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς ..... πατρίαρχη. — Περὶ τοῦ κατὰ τοῦς ..... πάρεισιν αὐτῷ. Διατάξις β΄. Τῶν ἱερῶν και θείων ..... εἰσπράττεσθαι.

Fol. 3 *b*. Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς ..... πατριάρχη. — Περὶ τοῦ κατὰ ..... προσέρχεσθαι. Διατάξις γ΄. Καλῶς ἐξ ἀρχῆς ..... ἀναβαίνειν.

Fol. 4 *b*. Ὁ αὐτὸς βασ ..... πατριάρχη. — Περὶ τοῦ δεῖν ..... ἐπιτελεῖν. Διαξις δ΄. Τοῖς μὲν ἀρχαιοτέροις ..... καὶ ἱερατείαν.

Fol. 5 *a*. Ὁ αὐτὸς βασ ..... πατριάρχη. — Περὶ τοῦ τοῦς μετὰ ..... αναλαμβάνεσθαι. Περὶ τοῦ διατίτεσθαι τὸν μονάσαν τα εἰς τὰ επικτητεντα. Διατάξις ς΄ (sic). Ἐπειδὴ .....

Fol. 6 *b*. Ὁ αὐτὸς ..... πατριάρχη.—Περὶ τοῦ φυλάττεσθαι ..... προέρχεσθαι. περὶ τοῦ μονάζειν δεκαετῆ παῖδα. Διατ. Ζ΄. Ὁ καιρὸς καθ' ὃν ..... προεχώρησιν.

Fol. 7 *a*. Διατ. η΄. ὁ αὐτὸς ..... πατριάρχη. περὶ τοῦ ὁσάκις ..... αποκαθίστασθαι. Αὕτη ἀνηρήται διὰ νβ' τοῦ γ' τίτλ. τοῦ ά βιβ. τοῦ κώδικος καὶ κεφαλ. ζ' τῆς ε΄ νεαρᾶς. καὶ κεφαλ. λ΄ τῆς ρηγ' νεαρᾶς. ἐστεον ὅτι τὸ λζ' κεφ. τοῦ γ' βιβλ. τῶν βασιλίκων τιτ. α΄ συμφονεῖ τῆ παροῦση νεαρὰ. περὶ των κληρικῶν μὴ γίνεσθαι αὖθις λαικόν. Ὥσπερ ἡμῖν..... τάξεως καταστησαι.

Fol. 8 *a*. Διατ. ς΄. ὁ αὐτὸς..... πατριάρχη. περὶ τοῦ τὸν ἀθετεῖν..... παραδίδοσθαι. En marge de la rubrique : Αὕτη ἀνηρήται διά ιβ' τοῦ γ' τιτλ. τοῦ α΄ βιβ. τοῦ κώδικος καὶ κεφαλ. ξθ' τῆς ργ' νεαρᾶς. ἡ δε ρμγ' νεαρὰ κειται βιβ. δ' τιτ. α΄ κεφ. δ΄. ἰστέον ὅτι τοῦ ια΄ κεφ. θέμα γ' τοῦ δ' βιβ. τῶν βασιλίκων, συμφονεῖ ἡ παροῦση νεαρὰ. Τῶν ἀτάκτος ..... ἀλλάξεται.

Les bornes de cette lettre ne me permettent pas d'étendre cette des-

Digitized by Google

cription. Il me suffira d'indiquer que le plus grand nombre d'entre elles portent, soit en marge, soit à la suite de la rubrique, des scolies inédites du plus grand intérêt, qui établissent le rapport existant entre la législation de Justinien, l'innovation introduite par la Novelle et les Basiliques, et même des renvois au droit canonique. Ces scolies, de la même écriture que le manuscrit, ne se trouvent ni dans le *Codex Marcianus* 179, ni dans la copie *Palatino-Vaticana* 387.

On a dû s'apercevoir qu'il y avait erreur dans le numérotage des novelles à partir de la 5e qui est accompagnée du chiffre ϛ' (6). Cette erreur continue jusqu'à la novelle 13 (ιγ' πράγμα πλεονεκτικὸν) où l'ordre régulier se trouve rétabli par la répétition du chiffre ιγ' placé aussi en tête de la constitution précédente. Le chiffre 19 (ιϛ') est employé deux fois en tête des novelles 18 et 19, à partir de la novelle 62. Ἄξιον μὲν τοῖς δημοσίων..... On voit que le copiste n'a réellement su quel ordre adopter. Le chiffre de cette novelle ξβ' est corrigé par ξγ', et le numéro des trois novelles suivantes est tellement surchargé qu'il en devient indéchiffrable.

Fol. 45 *a*. ξ? Καὶ τοῦτο τῆς αὐτῆς..... (63).

Fol. 45 *b*. ξ? Ἐκεῖνο δὲ λιὰν θαυμαζω..... (64).

Fol. 46 *a*. ξ? Ὁ μὲν ἐιπὼν μέμφεσθαι..... (65)..... ὑφιστάμενος.

Fol. 46 *b*. ξέ. Περὶ ἀνδραποδισμοῦ. Ὥσπερ οὐκ ἔστι..... (66).

Fol. 47 *a*. ξϛ'. Περὶ τῶν αὐτομολησάντων. Καὶ τὸ ἄγαν αὐστηρὸν..... (67).

Fol. 48 *a*. ξζ'. Τοῖς μὲν πάλαι νομοθέταις..... (68).

Fol. 49 *a*. ξη'. Ἐπειδὴ ἀμφισβητεῖται..... (69), et ainsi de suite jusqu'à la nov. Ἀ μὲν περὶ οἰκοδεμίας..... qui porte le chiffre ριβ', quoiqu'elle soit la 113e et qui finit, comme dans l'imprimé..... Παραιτουμένης ἀποστάσεως, au *verso* du fol. 74 vers le haut du feuillet.

De suite commence : ριγ'. μέλετη περὶ ψίλων συμφώνων qui se termine à la fin de fol. 81 *b* par le mot ἀκουσόμετα et par la subscription τέλος τῶν διορθωτικῶν τῶν νόμων ἀνακαθάρασιων. En marge de la rubrique de cette dernière pièce se trouve l'annotation ταῦτα ἀνέκδοτα, et une correction de la main du président Bouhier : *Imo edita in Leunclavio*, II, 192. *Ex Francisci Pithœi codice.*

Il manque dans ce manuscrit plusieurs feuillets : deux, entre les folios actuels 36 et 37. La constitution 47 (μζ'. πάλαι μὲν ἄλλην ἐχούσης.....) se termine..... ἐξαλείφειν αὐτό, au milieu du fol. 36 *b*. Le reste du folio est blanc, on trouve seulement διατ. μή, et la seule initiale en rouge du mot Οὐκ qui commence la novelle 48. Les 21 premières lignes de cette novelle (édit. Beck. 1836, in-8o, p. 1300) manquent, et le texte ne reprend qu'au haut du fol. 37 *a* : Καὶ τοῦτο δὴ πῶς οὐχὶ μετα..... μαρτυρεῖτωσαν.

La novelle 34 (νδ'. Ἀρίστη μὲν ἡ σπουδὴ.....) s'arrête au bas du fol. 40 *a*, aux mots τιμῆς, ἀντιδεγματίζων. Le *verso* du fol. 40 est blanc.)

Fol. 41 *a*. Νεαρὰ νέ. οἱ ἔμπροσθεν εἰς..... τὴν τιμωρίαν.

Fol. 41 *b*. Νεαρὰ νϛ'. Καὶ οὗτος ἡμιν..... s'arrête au bas de la page aux mots χωρὶς τῆς αὐτοῦ ἐπιτροπῆς τῆς τῶν προθύρων (ligne 4, p. 1310. b.

Fol. 42 est blanc, *recto* et *verso*.

Fol. 43 est blanc au *recto*. Le *verso* commence par les mots : Ὅπως δέον εἴπερ τινὶ ἄλλῳ (lig. 14, pag. 1314), qui appartiennent à la novelle 60. Il manque par conséquent la fin de la nov. 56, les nov. 57, 58, 59, et le commencement de la 60e. Ces lacunes et celle des nov. 48 et 54 ci-dessus sont les seules que présente le manuscrit.

Un autre feuillet est coupé entre les fol. 50 et 51 ; mais il ne manque rien au texte.

Digitized by Google

On voit donc combien M. Zachariæ avait été mal informé sur les défectuosités de ce manuscrit (*Delineatio*, pag. 51), puisque les nov. 5, 18, 21 et 113 s'y trouvent, et moi-même, avant d'avoir occasion d'examiner le manuscrit, je suis tombé dans une étrange erreur (*Histoire du droit byzantin*, II, pag. 300-303) en faisant provenir le *Codex* H. 73 d'Antoine Augustin. Il paraît évident, au contraire, que ce manuscrit a appartenu à Pithou, et que c'est celui dont Leunclavius s'est servi pour éditer la *Meditatio de nudis pactis*.

Je ne puis rechercher ici l'origine plus ancienne de ce manuscrit. Cette recherche exigerait des développements qui dépasseraient de beaucoup les bornes que je dois me prescrire.

J'appellerai seulement l'attention des jurisconsultes sur les scolies qui accompagnent la plupart des novelles de Léon. Elles dévoilent dans leur auteur une étude profonde des sources du droit, elles établissent le véritable caractère du recueil de ces constitutions et donnent la preuve qu'elles émanent d'un juriste qui possédait un exemplaire complet des Basiliques. Peut-être ces scolies remontent-elles à la publication même de ces novelles; elles n'en auraient que plus de prix. Montpellier est une ville d'étude; espérons qu'elle nous fera partager bientôt un trésor qu'il y aurait de l'égoïsme à garder pour elle seule.

En attendant, veuillez, etc.

MORTREUIL,
avocat à Marseille.

Digitized by Google

ACADÉMIE

DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES.

Rapport de M. DUPIN sur les *Règles internationales de la mer*, de M. THÉODORE ORTOLAN.

Le second volume de l'ouvrage de M. Théodore Ortolan vient de compléter cette intéressante publication. Voici en quels termes M. Dupin en a rendu compte à l'Académie :

Vous avez bien voulu accueillir avec intérêt, au commencement de cette année, le premier volume d'un traité sur les *Règles internationales de la mer*, publié sous les auspices de M. le ministre de la marine, par M. Théodore Ortolan, lieutenant de vaisseau, et le compte que je vous ai rendu de cet ouvrage [1]. L'auteur me charge aujourd'hui de vous offrir le second volume qui termine cet important travail. La première partie traitait des règles à observer à l'état de paix dans les relations publiques maritimes que les nations ont entre elles. La seconde partie expose quelles doivent être ces règles à l'état de guerre.

J'ai déjà suffisamment fait connaître à l'Académie ce qui distingue le plan, le caractère général et l'exécution à tous égards digne d'éloges de M. Théodore Ortolan. J'entrerai aujourd'hui dans l'appréciation des principales doctrines qui en ressortent, pour les occurrences des guerres maritimes.

L'auteur suit constamment, quant à la manière d'asseoir ses doctrines, un procédé qui unit l'ampleur à la rectitude, et qui est de nature à donner crédit aux conclusions auxquelles il arrive. Chaque solution est tour à tour soumise au triple examen de la raison scientifique, de la coutume généralement observée, et enfin des traités textuellement consentis. Ce n'est pas que ces trois autorités se révèlent toujours clairement ; mais, dialecticien habile, M. Théodore Ortolan, dans les doutes ou dans les débats qui les obscurcissent, possède l'art d'écarter les petites raisons, les arguments subtils qui ne servent qu'à faire vivre la controverse, afin de mettre de suite en évidence les véritables raisons de décider : on reconnaît, à cette facture, l'esprit d'un officier formé par profession à la méthode des sciences mathématiques. Ce n'est pas non plus que ces trois autorités soient toujours d'accord ; mais, sur les points même où elles se séparent, leur contraste montre à la fois, d'une part ce qui est, et de l'autre ce qui devrait être.

Bien que soumise aux mêmes règles générales que la guerre continentale, la guerre maritime s'en distingue cependant par plusieurs différences notables.

[1] Voy. notre *Revue*, t. I de 1845, p. 129.

Digitized by Google

La première de ces différences, celle qui est comme le fondement de toutes les autres, consiste dans la capture sur mer des navires marchands et des propriétés privées des sujets ennemis, et dans la course maritime autorisée pour faire cette capture.

Aux yeux de plusieurs publicistes, une pareille capture et une pareille course ne constituent qu'une piraterie publiquement organisée ; et les peuples devraient appeler de leurs vœux l'époque où le progrès de la civilisation en aura fait abandonner la pratique aujourd'hui universelle.

Telle était l'opinion de l'illustre Franklin, qui fit insérer dans un traité conclu entre les États-Unis et la Prusse une clause portant interdiction formelle de cette pratique [1]; telle fut un moment celle de notre Assemblée nationale, qui accueillit avec faveur un projet de décret consacrant la même interdiction [2] : actes restés tous les deux sans aucun effet ; telle fut, enfin, celle de Napoléon, si nous en jugeons par ces paroles extraites de ses Mémoires : « Il est à désirer qu'un temps vienne où les mêmes idées libérales s'étendent sur la guerre de mer, et que les armées navales de deux puissances puissent se battre sans donner lieu à la confiscation des navires marchands, et sans faire constituer prisonniers de guerre de simples matelots du commerce ou les passagers non militaires. Le commerce se ferait alors sur mer, entre les nations belligérantes, comme il se fait sur terre, au milieu des batailles que se livrent les armées. »

Depuis, il est devenu traditionnel, dans les écrits ou dans les discours relatifs à cette matière, de reproduire la même opinion. L'auteur des *Règles internationales de la mer* se prononce sans hésitation contre ces vues d'une théorie purement spéculative. Il prend à tâche de démontrer, par la nature physique elle-même et par le genre d'utilité de la mer, que cette théorie, quelque généreuse qu'elle soit, est irréalisable ; qu'il faut, ou supprimer totalement la guerre maritime, ou la subir avec le droit de capture contre les navires marchands de l'ennemi et contre leurs cargaisons.

Du reste, la question de cette capture et celle de la course maritime, malgré le lien qui les unit l'une à l'autre, ne doivent pas être confondues, comme cela a lieu ordinairement. Elles sont parfaitement distinctes, et peuvent recevoir chacune une solution différente.

La légitimité de la capture des navires marchands ennemis ainsi que

[1] Traité de 1785, art. 23 : « S'il survient une guerre entre les parties contractantes, tous les vaisseaux marchands et commerçants employés à l'échange des productions des différents endroits, et par conséquent destinés à faciliter et à répandre les objets propres aux nécessités, aux commodités et aux douceurs de la vie, passeront librement et sans être molestés, et les deux puissances contractantes s'engagent à n'accorder aucune commission à des vaisseaux armés en course, qui les autorisât à prendre ou à détruire ces sortes de navires marchands, ou à en interrompre le commerce. »

[2] Décret proposé à l'Assemblée nationale, en 1792, par M. Kersaint, député de Paris : « Art. 2. Les armateurs des vaisseaux de commerce, armés pour leur légitime défense, ne pourront s'emparer d'aucun bâtiment de commerce de l'ennemi, à moins qu'ils n'y soient contraints par la provocation.

« Art. 4. Il est défendu aux vaisseaux de guerre de l'État de prendre aucun bâtiment particulier de commerce appartenant à la nation ennemie, à moins qu'il ne soit armé en guerre. L'Assemblée nationale se réserve de statuer incessamment sur les exceptions que pourrait nécessiter l'application de cette loi aux différentes circonstances de la guerre. »

Digitized by Google

de leur cargaison, l'impossibilité de faire disparaître la pratique de cette capture tant qu'il pourra y avoir guerre sur mer, sont appuyées communément sur un grand nombre de raisons. Mais notre auteur réduit les siennes à deux, parce que celles-là seules lui paraissent décisives et hors de controverse :

La première, c'est que les navires marchands et leurs équipages sont des éléments constitutifs de la puissance navale de l'ennemi, toujours prêts à se transformer, à la moindre réquisition, en instruments et en personnel de guerre ; de telle sorte qu'en les attaquant et les capturant, on ne fait qu'attaquer l'ennemi dans les forces mêmes dont il peut à tout instant s'emparer pour les convertir en moyens d'agression.

La seconde, c'est que sur mer il est impossible de s'en prendre à l'ennemi, comme on le fait sur terre, par des occupations de territoire ; on ne peut l'attaquer uniquement que dans l'utilité qu'il cherche à retirer de cet élément : or, cette seule et véritable utilité, c'est la navigation commerciale. Si l'ennemi jouissait d'une entière franchise sous ce rapport, toute puissance belligérante serait libre, quand elle le voudrait, de rendre la guerre maritime illusoire ou interminable : elle n'aurait qu'à ne faire sortir de ses ports aucun bâtiment de guerre, tout en continuant à exploiter par ses navires marchands les mers et les continents, et à puiser dans les profits mêmes de ce commerce les moyens de soutenir la lutte sur terre.

Ces deux raisons ne s'appliquent pas à la pêche côtière. Paisibles et tout à fait inoffensifs, ceux qui exercent cette pêche, parmi lesquels on voit souvent des femmes, peuvent être appelés les moissonneurs des mers territoriales, puisqu'ils se bornent à en récolter les produits ; ce sont, pour la plupart, des familles pauvres, qui ne cherchent guère dans ce métier que le moyen de gagner leur vie. Aussi faut-il considérer comme règle internationale à observer universellement, le respect, dans les guerres maritimes, des simples pêcheurs côtiers, autant que celui des paysans et des cultivateurs dans les guerres continentales.

Quant à la course, c'est-à-dire à l'intervention des corsaires, ou navires privés armés en guerre par les sujets de puissances belligérantes, et autorisés par leur gouvernement respectif à courir sus à l'ennemi, il faut y voir un concours de forces navales que les particuliers donnent à l'État dont ils font partie, à peu près comme les corps francs ou les corps de partisans dans les guerres territoriales. Cependant, une pareille intervention étant susceptible de nombreux et graves abus, on conçoit qu'elle doive être soumise à des conditions, à des restrictions, ou même qu'il fût possible que les nations s'accordassent pour la prohiber, les navires de l'État restant les seuls autorisés à exercer le droit de capture.

Si l'on admet que, dans une guerre maritime, chaque puissance belligérante a le droit d'entraver et de détruire, s'il est possible, la navigation commerciale de l'ennemi, il faut proclamer, d'un autre côté, que les puissances neutres, étant étrangères à la querelle des combattants, ont le droit de continuer paisiblement, quant à elles, leur commerce pacifique, en restant à l'abri des calamités d'une guerre qui ne les regarde pas.

Cependant comme, dans un grand nombre de cas, le belligérant ne peut atteindre le commerce de son ennemi sans nuire en même temps au libre mouvement des neutres avec lesquels cet ennemi est en relation, il résulte de là une complication d'intérêts, un antagonisme de droits, qui constituent à eux seuls la plus grande partie des difficultés diplomatiques

Digitized by Google

de la guerre maritime, et qui ont donné naissance à d'interminables querelles.

M. Théodore Ortolan concentre habilement ces difficultés sur les cinq points suivants : le lien à établir, quant au droit de *capture*, entre le navire et sa cargaison ; la *contrebande* de guerre, le *droit de visite*, le droit de *blocus*, et enfin le *droit d'asile* dans les ports ou dans les mers territoriales neutres.

De toutes les querelles suscitées par la dissidence des États sur les points que nous venons d'énumérer, il n'y en a pas eu de plus fréquentes, de plus envenimées, ni d'une portée plus étendue que celles auxquelles a donné lieu le premier de ces points.

Si un navire *neutre* prend dans sa cargaison des marchandises de l'ennemi, le belligérant a-t-il le droit d'aller capturer ces marchandises jusques à bord d'un tel navire, ou doit-il les respecter à cause de la neutralité du navire ? Et si, en sens inverse, un navire ennemi a dans sa cargaison des marchandises neutres, le belligérant qui a capturé ce navire doit-il rendre au neutre les marchandises qui lui appartiennent, ou a-t-il le droit de se les approprier à cause de l'hostilité du navire où elles se trouvaient ? C'est dans la solution de ces deux questions que résident les intérêts décisifs du commerce des neutres en temps de guerre maritime.

« Robe d'ami garantit celle d'ennemi ; robe d'ennemi confisque celle d'ami ; » — « Navire libre, marchandises libres ; navire ennemi, marchandises ennemies. » (*Free ship, free goods ; enemy ship, enemy goods*, pour les Américains) ; — ou enfin, « Le pavillon couvre, ou le pavillon ne couvre pas la marchandise : » voilà autant de manières figurées d'exprimer cette solution, sous la forme de maximes qui ont été ou admises ou repoussées, avec une multitude de variations, selon les pays et selon les circonstances.

Une logique subtile et rigoureuse conduirait à dire : « Chaque belligérant a le droit de prendre en mer les marchandises de son ennemi, donc il peut les aller prendre jusque sur les navires neutres ; mais, à l'inverse, il n'a pas le droit de s'approprier les marchandises d'un neutre, donc il doit les restituer, même lorsqu'il les a trouvées sur un navire ennemi. »

Cette logique rigoureuse a été suivie dans les anciens usages de la marine ; elle était consacrée dans le *Consulat de la mer* ; l'Angleterre s'y est toujours tenue, et dans toutes les guerres, jusqu'aux dernières, elle a prétendu la faire prévaloir, du moins quant à la partie qui permettrait de capturer les biens de l'ennemi jusque sur les navires neutres.

Mais qui ne voit qu'avec une pareille logique, la navigation commerciale des neutres peut être à chaque instant entravée ? que, sous prétexte de rechercher non-seulement quel est le navire, mais encore à qui appartient telle ou telle partie de la cargaison, il n'est pas d'abus ou de vexations qui ne puissent avoir lieu contre les neutres ? Qu'enfin, il vaut mieux, dans l'intérêt général, et pour la sécurité des relations pacifiques, adopter une règle plus simple, qui coupe court à toutes les difficultés : la règle que le sort de la cargaison est lié au sort du navire, ou, en d'autres termes, que la cargaison, quels qu'en soient les propriétaires, est libre si le navire est libre, et qu'elle est confiscable si le navire est lui-même confiscable comme ennemi ? C'est là une transaction que toutes les puissances, hors la Grande-Bretagne, ont acceptée aujourd'hui, et à laquelle il est désirable de voir donner, sans exception, une sanction universelle.

Digitized by Google

Je pourrais pousser plus avant cet examen des doctrines relatives aux neutres, suivant l'ordre qui a été précédemment indiqué ; mais je préfère les envisager sous un autre aspect.

Pendant qu'un officier de notre marine entreprenait et exécutait, en France, sur les règles internationales de la mer, le traité dont j'ai l'honneur de rendre compte à l'Académie, un jurisconsulte de la Grande-Bretagne, M. James Reddie, écrivait et publiait à Édimbourg, sur le même sujet, mais sur un autre plan, un autre ouvrage intitulé : *Researches historical and critical in maritime international law*. L'auteur français, n'ayant reçu ce livre qu'au moment où l'impression du sien était presque terminée, n'a pas voulu cependant le passer sous silence, et il en a fait, sous forme d'appendice, un examen consciencieux et détaillé.

Le livre anglais se termine par quelques pages qui nous offrent, résumées comme conclusion, les doctrines ayant cours dans la Grande-Bretagne sur les principales questions du droit international maritime ; et l'écrivain français, de son côté, a terminé le sien par un document émané de l'un de nos ministres des affaires étrangères, M. le comte Molé, où nous trouvons, en quelques articles précis, l'exposition des principes qui sont admis par la France.

En complétant ce document, quant aux matières qui y sont passées sous silence, par les indications que développe le traité sur les règles internationales de la mer, on arrive à pouvoir dresser, entre les doctrines anglaises et les doctrines suivies par la France et par la plupart des autres puissances, un *parallèle* curieux, dont je soumettrai brièvement à l'Académie les traits les plus saillants.

Suivant la doctrine de l'écrivain anglais, les belligérants ont le droit de capturer les biens de l'ennemi à bord des navires neutres, en payant le fret. — Suivant la nôtre, ils ne l'ont pas, le pavillon couvre la marchandise.

Suivant l'écrivain anglais, les belligérants ont le droit de confisquer à bord des navires neutres, comme contrebande de guerre *accidentelle*, des objets en destination pour l'ennemi, autres que les armes, instruments et munitions directement et exclusivement propres à la guerre ; et le navire lui-même porteur de la contrebande est, dans certains cas, confiscable. — Suivant notre auteur, cette contrebande *par accident* est inadmissible ; et le navire ne doit jamais être soumis à la confiscation pour simple fait de contrebande.

Suivant les prétentions anglaises, les belligérants ont le droit d'arrêter à bord des navires neutres, et d'acheter pour leur compte les marchandises quelconques qui, quoique n'étant en aucune façon contrebande de guerre, peuvent leur être utiles. — Suivant nous, ce droit de préemption n'est pas admissible.

Suivant la pratique anglaise, les belligérants ont le droit d'appliquer aux bâtiments neutres la pénalité du blocus, bien que ces bâtiments n'aient reçu aucune notification personnelle de l'établissement du blocus. — Suivant nos instructions, plus loyales et plus courtoises, « un navire se présentant devant un port bloqué, doit être averti particulièrement du blocus, et la notification doit en être faite par écrit sur son rôle d'équipage. »

Suivant nos voisins, les effets du blocus continuent de subsister, bien que les forces bloquantes soient momentanément éloignées par l'état du

Digitized by Google

vent ou de la mer, ou par d'autres accidents de navigation : prétention qui n'est autre chose qu'un vestige de la théorie du blocus sur papier. — Suivant nos instructions, « un bâtiment neutre ne peut être inquiété pour être entré dans un port précédemment bloqué par une force qui ne se serait pas trouvée réellement devant le port au moment où le bâtiment se présentait, quelle que fût la cause de l'éloignement de la force qui bloquait, soit qu'elle provînt des vents, soit qu'elle provînt du besoin d'approvisionnement. »

Suivant les précédents anglais, les belligérants ont le droit d'arrêter, de visiter et de fouiller les navires de commerce neutres, même lorsque ces navires sont convoyés par des bâtiments de guerre de leur Etat. — Suivant nos instructions, plus conformes à la dignité des gouvernements et au respect des pavillons nationaux, « chaque puissance a le droit de faire convoyer ses bâtiments marchands, et, dans ce cas, la déclaration du commandant du bâtiment de guerre est suffisante pour justifier de la cargaison et du pavillon des navires convoyés. Dans aucun cas il n'y a lieu à faire visiter des bâtiments sous escorte d'un bâtiment de guerre de la nation de ces mêmes bâtiments ; la déclaration du capitaine escorteur suffit. »

Enfin, les puissances neutres, d'après l'écrivain anglais, ne peuvent, sous peine de confiscation, établir un commerce direct entre la métropole de l'ennemi et ses colonies. Cette règle, appelée règle de 1756, parce qu'à cette époque les Anglais la mirent en pratique contre les Hollandais auxquels la France avait accordé des licences pour commercer avec ses colonies, cette prétendue règle n'est point acceptée par la France.

Tel est le contraste qu'offre le parallèle entre les doctrines admises par la théorie et par la pratique de la Grande-Bretagne relativement aux droits des neutres, et les doctrines que la France soutient, prescrit et applique, d'accord avec la plupart des autres puissances maritimes. A l'égard des Américains, les Anglais ont bien d'autres prétentions !...

Ce contraste s'est révélé dans les guerres passées, et l'honorable M. James Reddie, en dressant le tableau des maximes que nous venons de rapporter, s'est appuyé surtout, suivant le génie propre aux écrivains de sa nation, sur l'autorité des précédents créés par les procédés des Anglais eux-mêmes.

Mais, messieurs, les temps de guerre sont de mauvais temps pour asseoir les principes de justice et de modération qui devraient présider aux relations des peuples. Les intérêts sont en lutte, les passions s'excitent ; on ne voit qu'un but : nuire à l'ennemi, s'assurer contre lui tous les avantages. C'est le temps des excès de la force, des actes arbitraires, des violations du droit. La leçon qui sort de l'étude de ces conflagrations est plutôt celle des exemples à éviter que celle des exemples à suivre pour l'avenir.

Aucun peuple ne s'est montré exempt de ces écarts des règles du droit. Nous en avons notre part, surtout dans les guerres continentales ; nous en avons une aussi dans les guerres maritimes, quoique ici la plus grande charge, entre toutes les nations, pèse sur l'Angleterre.

Le temps de paix, au contraire, est un temps propice pour que chacun fasse le compte de ses actions, reconnaisse les torts où il s'est laissé emporter, et que l'idée, le principe du droit s'élève sur l'expérience même des violations qui en ont eu lieu.

Si nous parcourons les occasions diverses de collision qui se dévelop-

Digitized by Google

pent dans une guerre maritime, nous trouverons dans toutes de ces emportements que ceux-là même qui les ont commis doivent regretter et désavouer quand la paix est venue.

S'agit-il de l'ouverture des hostilités sur mer? Nous voyons ces hostilités commencées plus d'une fois sans aucune déclaration préalable, par des attaques subites sur des navires pris, à l'improviste, dans le cours d'une navigation tranquillement entreprise sur la foi de la paix. Ainsi procède l'Angleterre contre la France en 1755; et longtemps avant que la guerre ait été déclarée, déjà deux vaisseaux de 64 canons et deux cent cinquante navires de commerce ont été capturés. Ainsi procède-t-elle encore vingt-trois ans plus tard, en ouvrant la guerre de 1778 par l'attaque inopinée de nos bâtiments près des côtes de France [1].

S'agit-il des ruses de guerre qui sont permises, ou que l'esprit de loyauté doit interdire? Une frégate anglaise, dans la guerre de 1756, s'approche à la vue de Calais, fait des signaux de détresse pour attirer quelques bâtiments, et se saisit d'une chaloupe et des matelots qui venaient généreusement à son secours [2]. Une frégate et deux vaisseaux anglais, le 4 septembre 1800, étant en mer près de Barcelone, forcent un navire ami et neutre, *la Hoffnung*, galiote suédoise, de prendre à son bord des troupes anglaises; le pistolet sur la poitrine, le capitaine neutre est tenu en respect, on s'empare de la manœuvre, et, dans la nuit, sous ce couvert ami, avec ce bâtiment et ces chaloupes d'une puissance neutre, on va surprendre et capturer deux frégates espagnoles à l'ancre, sans défiance, presque dans le port [3].

S'agit-il de l'immunité qu'une coutume internationale et la loi de l'humanité commandent de laisser aux pêcheurs côtiers? Le gouvernement britannique, bien que dans l'usage de reconnaître et de respecter ordinairement cette immunité, par un ordre du 24 janvier 1798 enjoint aux commandants des vaisseaux anglais de faire saisir les pêcheurs français et hollandais, ainsi que leurs bateaux; cet ordre est remis en vigueur quelques années après, et le premier consul, tout en réclamant avec énergie contre un pareil acte, qui donnait à la guerre un caractère d'acharnement inhumain, déclarait « que le gouvernement français s'abstiendrait de toutes représailles, afin de ne pas rendre, pour sa part, de misérables pêcheurs victimes de la prolongation des hostilités [4]. »

S'agit-il du commerce des neutres, de l'admission ou du rejet de la maxime « le pavillon couvre la marchandise? » Qui ne connaît les luttes opiniâtres dont ces mots réveillent le souvenir; la première et la seconde neutralité armée; les combats des puissances du Nord, ceux surtout des braves Danois; l'obstination des Anglais contre cette maxime, et les écarts où nous-mêmes nous sommes laissés aller, à certains moments, par esprit de représailles?

S'agit-il de blocus? Qui ne connaît les énormités contre le droit géné-

[1] De Flassan, *Histoire de la diplomatie française*, 2e édit., t. VI, p. 35. — Ch. de Martens, *Nouvelles causes célèbres du droit des gens*, t. I, p. 56, 65, 406, 458, etc. — Rapports officiels des commandants français, à l'appendice du livre de M. Théod. Ortolan, t. II, p. 339 et suiv.

[2] Vattel, *Droit des gens*, liv. III, chap. X, § 178.

[3] Plaintes et notes diplomatiques sur ce sujet, à l'appendice du livre de M. Théod. Ortolan, t. II, p. 348 et suiv.

[4] Schœl., *Hist. des traités*, t. VI, p. 118-121. — De Martens, Recueil, t. VI, p. 513 à 505, 2e édit.

Digitized by Google

ral des nations, dont les dernières guerres ont donné l'exemple dans cette matière? Qui ne connaît les prétentions de l'Angleterre au blocus fictif ou blocus de cabinet, mises en pratique contre la France, d'abord en 1689, avec le concours forcé de la Hollande, dont l'ambassadeur recevait du roi d'Angleterre cette injonction : *Il faut qu'il en soit ainsi, c'est le droit canon*[1]; puis en 1756[2], en 1793[3], en 1806, en 1807[4]? Qui ne connaît enfin les terribles représailles de l'Empereur, répondant à chaque décret britannique par un autre décret[5]? Ces décrets impériaux n'étaient rendus qu'à titre de représailles; le texte portait que leurs dispositions « cesseraient d'avoir leur effet pour toutes les nations qui sauraient obliger le gouvernement anglais à respecter leur pavillon; qu'elles seraient abrogées et nulles par le fait, dès que le gouvernement anglais serait revenu aux principes du droit des gens, qui sont aussi ceux de la justice et de l'honneur[6] »; mais le système de représailles, qui conduit trop souvent à des actes de barbarie entre ennemis, a cela de plus inique encore dans les guerres maritimes, en ce qui concerne les neutres, que l'effet en frappe, non pas sur l'ennemi seul, mais sur l'innocent, sur les puissances neutres étrangères à la querelle, et cependant victimes des excès qui s'y commettent de part et d'autre.

S'agit-il *du droit de visite*, que la loi commune internationale n'admet pas en temps de paix, mais qui existe en temps de guerre au profit de chaque belligérant, sur les navires de commerce neutres, dans le but seulement de vérifier si le pavillon de ces navires ne cache pas un ennemi déguisé ou s'il ne couvre pas de la contrebande de guerre? Nous voyons l'Angleterre, en opposition avec les maximes reçues par tous les autres États maritimes, vouloir s'arroger constamment le pouvoir d'exercer cette visite, au mépris des immunités et de l'honneur du pavillon militaire, en face même des vaisseaux de guerre des puissances neutres convoyant leurs propres navires marchands et répondant d'eux; nous voyons au dix-septième, au dix-huitième, au dix-neuvième siècle, les vaisseaux suédois, hollandais ou danois, soutenir les combats les plus inégaux et succomber sous la force plutôt que de souffrir cette offense[7].

S'agit-il *de l'asile* que chaque belligérant doit trouver dans les ports et dans les mers territoriales neutres, parce que là toute hostilité, toute calamité de guerre doit cesser? Tantôt ce sont les Anglais qui viennent, en 1759, attaquer, enlever, incendier, dans les eaux du Portugal, et malgré le canon des forteresses de cette puissance, des vaisseaux français échoués sur la côte. « Je sais, écrivait à ce sujet le marquis de Pombal au mi-

[1] Dumont, t. VII, part. II. — *La liberté de la navigation et du commerce des nations neutres*, ouvrage anonyme attribué au professeur Cobald Totze, p. 162 et 163.

[2] Flassan, *Hist. de la diplom. franç.*, t. VI, p. 64.

[3] Instruction de l'amirauté anglaise, du 8 juin 1793.

[4] Ordres du cabinet britannique, du 16 mai 1806; des 7 janvier, 11 mars et 11 novembre 1807.

[5] Décret de Berlin, du 21 novembre 1806; décret de Milan, du 17 décembre 1807.

[6] Art. 4 du décret de Milan.

[7] Notes diplomatiques au sujet de plusieurs de ces affaires, dans Ch. de Martens, *Nouvelles causes célèbres du droit des gens*, t. II, cause 5e. — Schœll., *Hist. des traités*, t. VI, p. 49. — Appendice de l'ouvrage de M. Théod. Ortolan, t. II, p. 391 et suiv.

Digitized by Google

nistre du *foreign office*, je sais que votre cabinet a pris un empire sur le nôtre ; mais je sais aussi qu'il est temps de le finir. Si mes prédécesseurs ont eu la faiblesse de vous accorder toujours tout ce que vous vouliez, je ne vous accorderai jamais que ce que je vous dois. C'est mon dernier mot : réglez-vous là-dessus... La France nous regarderait comme dans un état d'impuissance, si nous ne pouvions pas nous faire rendre raison de l'offense que vous nous avez faite, de venir brûler dans nos parages des vaisseaux qui devaient y être en sûreté. » Et par cette vigueur de de langage, le grand homme d'Etat obtenait des excuses solennelles de l'Angleterre sur la violation commise, tandis que, d'un autre côté, il faisait examiner la conduite des officiers qui commandaient les forts portugais, sous l'inculpation d'une résistance trop peu énergique [1]. Tantôt ce sont les Français qui, en 1781, sous la conduite de Suffren, attaquent, à leur tour, une escadre anglaise à l'ancre dans une baie portugaise, la baie de la Praya, aux îles du cap Vert.

Enfin on a vu quelquefois des vaisseaux de guerre, dans un danger de naufrage, venir chercher et recevoir un refuge dans le port même de leur ennemi : tel fut ce vaisseau anglais dont le capitaine, en 1746, pour échapper à un ouragan terrible, se rendait à discrétion au gouverneur espagnol de la Havane, et en recevait cette noble réponse : « Si nous vous avions pris en combattant en pleine mer ou sur nos côtes, votre vaisseau nous appartiendrait et vous seriez nos prisonniers ; mais, battus par la tempête, c'est la crainte du naufrage qui vous a jetés dans ce port. Je dois oublier que ma nation est en guerre avec la vôtre. Faites réparer votre vaisseau en toute assurance, vous partirez ensuite, et je vous donnerai un sauf-conduit jusqu'au delà des Bermudes. » Telle fut encore cette frégate anglaise qui, vers la fin de la dernière guerre, après avoir nui beaucoup au commerce français, tomba en perdition sur les roches dangereuses qui avoisinent l'entrée de la Loire, où elle croisait, lança des fusées d'alarme, tira le canon de détresse, et ne fut sauvée que par le secours des Français eux-mêmes, qui lui permirent de reprendre immédiatement le large.

Mais à côté de ces exemples de générosité, on a vu, dans d'autres cas, la confiance de ceux qui ont fait appel à cette générosité, cruellement trompée. Ce fut ce qui arriva, en 1758, au capitaine du vaisseau français *le Belliqueux*, qui allant, en détresse, demander un asile à ses ennemis eux-mêmes, les Anglais, dans le port de Bristol, y fut retenu comme de bonne prise, lui, son vaisseau et son équipage [2] ; capture à laquelle on peut appliquer ces paroles de Bynkershoek : « La rigueur du droit le permet peut-être, la grandeur d'âme le défend certainement [3]. »

Voilà, messieurs, les exemples contradictoires, empreints quelquefois de justice ou de noblesse, trop souvent d'iniquité ou de rigueur intéressée, qui sont fournis par les annales des guerres maritimes.

Si nous avons réveillé quelques-uns de ces souvenirs, ce n'est pas dans un sentiment de récriminations passionnées, qui ne doit se trouver, à

[1] Appendice de l'ouvrage de M. Théodore Ortolan, p. 410 et suiv., où sont insérés plusieurs rapports sur cette affaire et sur d'autres semblables. — FLASSAN, *Histoire de la diplomatie*, t. VI, p. 180 et 467.

[2] Voir les rapports relatifs à cette affaire, dans l'appendice du livre de M. Théodore Ortolan, t. II, p. 422 et suiv.

[3] *Quæstiones juris publici*, lib. I, cap. I.

*

Digitized by Google

notre époque, ni chez les hommes d'État, ni chez les peuples, ni surtout chez les écrivains et les publicistes.

C'est, d'abord, pour en tirer, avec l'auteur des *Règles internationales de la mer*, cette réflexion, que les violations du droit des gens commises de part et d'autre dans l'emportement des luttes maritimes entraînent, plus encore que celles commises sur terre, des conséquences calamiteuses étendues; qu'en définitive, tous les peuples ont à souffrir de pareilles violations, et que le respect religieux des principes est une garantie commune que la diplomatie des gouvernements modernes doit tendre à leur assurer.

C'est surtout parce que, lorsqu'une longue paix a amorti les passions hostiles, a éloigné les illusions du moment, a rajeuni et rallié entre eux les intérêts, il est possible à chaque gouvernement d'examiner impartialement, d'apprécier avec équité les fautes commises dans le passé; il est possible de revenir honorablement sur les erreurs, sur les prétentions iniques, et de fonder en commun des institutions, des principes publics propres à prévenir le retour de nouvelles conflagrations, ou du moins à en adoucir les effets si elles devaient jamais, par malheur, se reproduire.

L'écrivain anglais auquel nous avons emprunté le tableau des maximes maritimes que nous avons mises en regard des nôtres, a déduit ces maximes *des précédents* de son pays dans les guerres passées. Mais combien de progrès le présent et l'avenir n'ont-ils pas à faire sur de pareils précédents! Qui est-ce qui parle aujourd'hui des prétentions à la souveraineté de la mer? Il en sera de même de bien d'autres prétentions, déjà répudiées sur plus d'un point, je n'en doute pas, par les hommes d'État, par les publicistes et par les jurisconsultes si éminents que possède la Grande-Bretagne.

M. Théodore Ortolan nous paraît avoir suivi une méthode meilleure, lorsqu'il a donné pour base aux règles du droit international de la mer, la *raison générale*, et l'autorité des stipulations consenties, avec une certaine suite, par le plus grand nombre des *traités publics*. Sans doute, il lui a été impossible, comme il le sera toujours à tout écrivain, de se dégager de la préoccupation des intérêts du pays auquel il appartient, et qu'il a l'honneur de servir; mais ces intérêts ne passent pas, à ses yeux, avant ceux de la justice. Il relève les fautes et les actes condamnables qui peuvent nous être imputés, comme ceux qui peuvent être reprochés aux autres puissances; n'ayant jamais un langage blessant ou passionné, sachant conserver avec soin cette réserve qui sied au véritable publiciste, et qui, en fait de relations internationales, est aussi nécessaire à l'écrivain qu'au diplomate.

En lisant de pareils livres, en voyant les preuves d'instruction, de courage, de haute intelligence et de bonne conduite des affaires, que donnent en toute occasion nos marins, dans leurs services militaires comme dans leurs travaux pacifiques, nous ne pouvons que nous féliciter de la richesse de la France, qui possède, en si grand nombre, dans sa marine, des officiers dignes d'être présentés avec une égale assurance aux amis et aux ennemis; et, dans le nombre de ces chefs, parmi les plus illustres, un jeune prince dont le patriotisme égale la valeur, et dont les prévisions, à la fois prudentes et hardies, ont rallié toutes les sympathies nationales.

DUPIN.

Digitized by Google

QUELQUES MOTS

SUR UN ARTICLE DE M. BONNIER.

M. Bonnier, professeur à l'École de droit de Paris, vient d'imprimer, dans le numéro de décembre de la *Revue du droit français et étranger*, un article intitulé : *Des innovations projetées dans l'enseignement du droit en ce qui touche l'institution du concours.* Dans ce travail, d'un ton qui tranche un peu sur la modération ordinaire de la Revue, M. Bonnier s'est proposé de réfuter les critiques que j'ai faites à diverses reprises de l'institution et de l'organisation du concours, et d'en finir du même coup avec toutes les personnes qui n'adoptent point le rapport de la Faculté comme un *Credo* scientifique, et qui se permettent de soupçonner qu'un système qui remplace M. Boitard par l'auteur du *Traité des preuves*, n'est peut-être pas toujours infaillible.

Pour réduire au silence les adversaires du concours, le savant professeur a trouvé un moyen, excellent en ce qu'il dispense de raisonner, mais qui a le défaut d'être la ressource extrême de toutes les causes perdues, c'est de se délivrer un brevet de vertu, et de déclarer que quiconque n'est pas de son opinion est un homme corrompu, j'allais presque dire un *tison d'enfer*. L'article de M. Bonnier est une catilinaire au petit pied, ou plutôt une *Oratio pro domo sua*, à laquelle rien ne manque, exorde, narration et le reste. On y voit *les partisans du concours plongés dans les études scientifiques..... Ils se tiennent à l'écart, ils demeurent absorbés dans quelques titres de nos Codes, ou du Digeste; tandis que leurs adversaires multiplient les visites et les démarches de toute nature auprès de l'autorité, terrain sur lequel ils se sentent plus forts que sur celui des épreuves publiques.* Après cette métaphore hardie de l'*autorité* qui est un *terrain*, vient

Digitized by Google

une péroraison dans laquelle, conformément aux règles de l'art, sont accumulées et prodiguées toutes les figures de rhétorique. « *Déjà, nous n'en doutons pas, ils* (les adversaires du *concours*) *se partagent à l'avance les dépouilles des docteurs laborieux, qui ont eu la naïveté de placer leurs espérances dans le succès des épreuves publiques ;* MAIS, NOUS EN AVONS LA CONFIANCE, CETTE OEUVRE D'INIQUITÉ NE SE CONSOMMERA PAS ; *l'opinion publique, trop longtemps dupe de déclamations intéressées, finira par reconnaître où est le charlatanisme, où est le véritable mérite. Les magistrats éminents qui font partie de la haute commission ne se prêteront pas à des manœuvres auxquelles leur dignité veut qu'ils demeurent étrangers ; ils ne se hâteront pas d'abolir une institution vraiment libérale*, etc., etc. »

Toute cette déclamation, dans laquelle il est impossible de saisir l'ombre d'un argument sérieux, ne fait que trahir la mauvaise humeur d'un homme à qui toute idée d'innovation fait peur. Mais, franchement, la mauvaise humeur peut-elle justifier des attaques passionnées contre l'honneur et la probité de certains membres de la commission? La polémique peut-elle autoriser un professeur, dont la parole est grave, à traiter d'*intrigants*, de *charlatans*, d'*ouvriers d'iniquité*, des gens dont le seul tort est d'avoir fait partie, sans l'avoir demandé, d'une commission dans laquelle on a oublié de comprendre *un homme d'expérience, attaché par conviction à l'organisation actuelle*, tel enfin que M. Bonnier? Peut-il être permis, surtout, d'attaquer ses adversaires sans les nommer, et de faire ainsi planer d'odieux soupçons sur des hommes qu'on dénonce à la malignité publique, sans cependant que la désignation soit assez précise pour qu'ils aient le droit de se défendre et de convaincre leur accusateur d'erreur ou de légèreté? Qu'est-ce, par exemple, que cette prétendue histoire *de place vacante à Paris, pour laquelle il y a des candidats inscrits dans l'éventualité de la suppression du concours*, et comment un professeur peut-il se faire l'écho de pareils commérages? Cette belle invention peut figurer avec honneur dans des *Mémoires secrets sur les salons littéraires de la*

Digitized by Google

rue des Grès, au dix-neuvième siècle, mais elle n'est point faite pour la publicité, et ces *indiscrètes révélations* dont parle M. Bonnier nous paraissent tout simplement une mystification. Que demain un membre de la commission, se croyant plus ou moins désigné, demande à celui qui accueille et répand de pareils bruits, de donner ses preuves ou de nommer ses autorités, comment ce dernier sortira-t-il de la fausse position dans laquelle il s'est engagé si légèrement?

Du reste, et pour éviter toute équivoque, je déclare qu'il ne peut être question de moi dans tout ce roman, et que le seul fait avancé par M. Bonnier, vrai ou faux, ne me concerne en aucune façon. Jamais, sous aucun ministère, je n'ai voulu *prendre la dépouille des docteurs laborieux qui ont la naïveté de placer leurs espérances dans le succès des épreuves publiques*, comme le dit spirituellement l'auteur de l'article; jamais ministre ni ami n'ont songé à moi pour *cette œuvre d'iniquité*. J'espère que ma réponse est assez catégorique pour qu'à l'avenir M. Bonnier veuille bien me rayer de sa liste des suspects, et qu'il me permette d'entrer dans la commission avec une réputation intacte, et sans qu'on me confonde avec ceux qui *s'agenouillent devant la puissance de ce génie dominateur qui veut disposer de tous les emplois*. Quant aux accusations générales, dont est rempli l'article en question, je ne me donnerai pas même la peine de me justifier; je plains seulement l'homme assez malheureux pour ne voir dans celui qui demande une réforme qu'un *intrigant* qui veut en profiter. Si je voulais récriminer, serait-il difficile de prouver que M. Bonnier, professeur nommé au concours, et titulaire d'un enseignement qu'on propose de démembrer, a intérêt à maintenir l'organisation présente? Mais, cette démonstration faite, me reconnaîtrais-je jamais le droit de ternir l'honneur de l'écrivain, et de qualifier sa conduite de *charlatanisme?* Non, assurément. Je combats les idées que je crois fausses, mais je ne me suis jamais permis de mettre en doute la sincérité des convictions, et ce respect pour les personnes, dont je ne me suis point encore départi, me donne peut-être le droit de m'étonner qu'on prenne

Digitized by Google

pour m'attaquer des armes inégales, que je n'emploierai jamais, fût-ce même pour me défendre.

Les personnalités mises de côté, il n'y a rien de nouveau dans le travail de M. Bonnier ; c'est une répétition du rapport de la Faculté. Comme le rapport, l'article confond les diverses applications du concours, et ne voit que contradiction parmi ceux qui approuvent l'institution dans un cas et la blâment dans l'autre. Au lieu de se tenir dans des généralités qui ne prouvent rien, et de transformer en approbateurs du système régnant des gens qui n'y ont jamais songé [1], M. Bonnier eût mieux fait d'examiner ce qu'il peut y avoir de fondé dans ces distinctions, car c'est là qu'est aujourd'hui la question. Je trouve le concours excellent à l'entrée d'une carrière, comme moyen d'élimination ; c'est d'ailleurs un système d'une application facile quand on ne demande aux jeunes gens qu'une science acquise sur les bancs, et à laquelle tous peuvent prétendre. Je le trouve mauvais quand il s'agit de faire nommer, par des juges dont je conteste la compétence, un homme dont la valeur toute personnelle tient le plus souvent à des travaux originaux. Par exemple, le concours, excellent pour désigner les jeunes artistes qui vont à Rome, serait détestable s'il devait désigner le directeur de l'école de Rome ; le concours, bien placé pour ouvrir l'École Polytechnique, serait absurde appliqué à la nomination d'un général d'artillerie ; le concours, que je demande à l'entrée dans la magistrature, serait parfaitement ridicule s'il donnait un fauteuil à la Cour de cassation. Pourquoi cela? Parce que le directeur, le général, le conseiller doivent être des hommes qui aient une valeur propre, des titres personnels, des droits acquis, toutes choses que le concours est impuissant à constater. Il en est de même d'un professeur de Faculté ; il ne s'agit point des connaissances générales dont il

[1] M. Bonnier fait de moi un approbateur du concours pour l'agrégation, et se donne le plaisir de déclarer que je suis en contradiction avec ce que j'ai écrit précédemment. Je suis fâché de refuser à M. Bonnier cette petite satisfaction ; mais il ne m'a pas compris, et, sans me prétendre infaillible, jusqu'à présent du moins je n'ai point changé d'opinion sur ce point.

Digitized by Google

peut faire preuve publique, mais de son mérite personnel, des recherches qu'il a faites, du nom qu'il s'est acquis dans la science; titres qu'une présentation scientifique peut mettre en lumière, et jamais un concours.

L'exemple de l'Ecole de médecine, allégué par M. Bonnier, est loin d'être aussi concluant qu'il le suppose; car l'organisation des deux Facultés n'est pas la même, et le concours n'a point la même valeur dans les deux Ecoles. Dans la Faculté de droit, l'enseignement est un monopole; l'Ecole de médecine, au contraire, souffre auprès d'elle l'Ecole pratique, établissement libre dans lequel tout médecin a le droit d'ouvrir un cours payé par ses auditeurs, et peut ainsi conquérir par la parole cette réputation qui doit plus tard forcer les portes de la Faculté. C'est à l'Ecole pratique que se font les professeurs; et quand on les nomme à l'Ecole de médecine, on ne fait le plus souvent qu'enregistrer un succès depuis longtemps établi. De plus, le concours est spécial, et le jury, nommé (à ce que nous croyons) pour chaque chaire. En est-il de même pour le droit? Y a-t-il un enseignement libre sur la place du Panthéon, et peut-on, comme Broussais, planter son drapeau contre celui de la Faculté, et se préparer un triomphe futur? Est-il permis à un jeune docteur d'exposer aux étudiants qui voudront l'entendre *ces théories élevées du criminaliste* que dédaigne la Faculté? Les épreuves sont-elles spéciales, et le jury toujours compétent? A la Faculté de médecine on a vu M. Dumas, qui toute sa vie ne s'était occupé que de chimie, disputer avec succès la chaire de pharmacie: mais si le régime de l'Ecole de médecine eût été celui de l'Ecole de droit, si les épreuves générales l'eussent emporté sur les épreuves spéciales, cette chaire de chimie, ce n'est pas M. Dumas, c'est un anatomiste qui l'eût obtenue. Il ne faut donc pas s'appuyer sur les analogies trompeuses; l'organisation de l'Ecole de médecine est non point la justification, mais la condamnation du régime sous lequel vit la Faculté de droit.

Sur cette question de la spécialité des concours, M. Bonnier veut bien faire quelques pas, d'assez mauvaise grâce, il est vrai,

Digitized by Google

et en nous prêtant une absurdité [1]; mais enfin il faut accepter le progrès sous quelque forme qu'il se présente; c'est déjà quelque chose qu'on veuille bien reconnaître qu'il faut donner une grande part aux épreuves spéciales. On ira plus loin quelque jour, et on comprendra que les connaissances générales étant supposées par la qualité de docteur, le concours, si l'on persiste à le conserver, doit être réservé tout entier aux leçons sur l'objet de la chaire vacante. Ce jour-là, nous le reconnaissons, une grande partie des inconvénients du concours sera disparue; seulement cette réforme en amènera une autre non moins considérable : c'est le changement du jury, nécessairement spécial pour des épreuves spéciales; ce sera par conséquent le renversement complet du système actuel, sauf la leçon publique. Quand nous en serons là, quand, de plus, on tiendra compte des ouvrages et des titres scientifiques du candidat, nous serons de part et d'autre plus près de nous entendre. Entre le concours ainsi organisé et une présentation, la différence sera dans quelques leçons publiques, qui ne seront le plus souvent qu'une formalité, le candidat étant désigné par avance aux suffrages de ses juges par la spécialité de ses travaux. Cette réforme faite, qu'on laisse à l'institution le nom de concours, nous n'y voyons, quant à nous, aucune objection.

M. Bonnier veut bien plaisanter agréablement sur notre ignorance du règlement qui enjoint aux juges de tenir compte des titres antérieurs du candidat; mais pour qui pense-t-il écrire? Et qui ne sait que ce règlement n'est point exécutable, puisqu'on a oublié de donner à ces titres antérieurs une valeur positive, une valeur qui s'exprime en chiffres, et qui en certain cas puisse faire d'une personne qui occupe le troisième rang dans

[1] Nous avons dit que, dans le système présent, il n'y avait place à l'École que pour les savants en droit civil, autrement dit, qu'aujourd'hui c'est principalement sur des épreuves de Code civil qu'on est nommé professeur de droit administratif ou d'histoire du droit, M. Bonnier nous fait dire qu'on *peut être un véritable jurisconsulte sans savoir le droit civil*, et il avoue ne pas comprendre une pareille théorie. Ni nous non plus, assurément; nous ne nous reconnaissons pas coupable d'une si grande hérésie.

Digitized by Google

les épreuves du concours, le candidat présenté en première ligne? Dire que les juges tiendront compte des titres antérieurs du candidat sans régler la valeur de cette appréciation, c'est une mesure illusoire qui introduit l'arbitraire dans le vote, et ne peut donner aux concurrents aucune garantie. Ce prétendu règlement n'existe donc que sur le papier, et M. Bonnier fait en ce point une dépense d'esprit inutile. L'ironie est de bon goût en fait de critique, mais encore faut-il qu'elle soit bien placée.

Je ne dirai rien de la facilité avec laquelle M. Bonnier raille l'excessive modestie des professeurs de province, et s'étonne que depuis si longtemps pas un seul des hommes distingués que renferme la province ne soit venu soumettre sa réputation au jugement infaillible de Messieurs de Paris. Les professeurs de province n'ont pas besoin de mon secours pour défendre leur cause, mais, tout faible qu'il soit, ce secours ne leur manquera pas dans la Commission. Il est ridicule qu'on ait laissé mourir dans la province des hommes comme Toullier et Proudhon, et nous ne voyons pas pourquoi, seuls parmi tous les fonctionnaires publics, les professeurs de droit ne pourraient espérer un légitime avancement.

M. Bonnier nous promet un examen spécial de notre travail, travail dans lequel nous avons soulevé des questions bien autrement importantes que celle du concours : nous attendons avec impatience ces nouvelles observations ; nous espérons seulement que M. Bonnier voudra bien se souvenir que le patriotisme et l'honnêteté ne sont pas un monopole, comme l'enseignement du droit, et qu'on peut attaquer le concours ou les examens, sans désirer le moins du monde la place de professeur. Nous voulons, tout autant que M. Bonnier, l'indépendance et la grandeur de la Faculté ; tout autant que lui, nous craignons *l'influence occulte des coteries ;* d'accord sur le but, nous différons sur le moyen de l'atteindre ; ce n'est pas une raison suffisante pour que M. Bonnier se dispense d'être poli avec nous ; et nous espérons trouver dans son prochain article un peu moins de déclamation et un peu plus de discussion.

ÉD. LABOULAYE.

Digitized by Google

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

Coutumes locales du bailliage d'Amiens, rédigées en 1507, publiées par M. Bouthors, greffier en chef de la Cour royale d'Amiens [1].

Le mouvement historique, qui date à peine de quelques années, devient chaque jour plus considérable, et il est aisé de prévoir que, dans un temps rapproché, la France n'aura rien à envier aux pays qui, les premiers, sont entrés dans la carrière féconde du moyen âge. Les Académies, les Sociétés savantes de la province, les érudits les plus laborieux consacrent leurs encouragements et leurs veilles à la publication de sources nouvelles ou de monuments jusqu'à ce jour mal édités. Les *Assises*, les *Olim*, *Beaumanoir*, le *Roisin*, le *Thalamus* de Montpellier, mis en lumière dans ces dernières années, ont ouvert des perspectives nouvelles à l'esprit de recherche qui caractérise notre siècle. Le *Conseil* de Pierre Defontaines, que vient de publier M. Marnier, auquel nous devions déjà les *Établissements de Normandie* et une *ancienne Coutume de Picardie*, donne un pendant à *Beaumanoir*, et permet la lecture d'une œuvre jusqu'alors inabordable, moins encore par sa rareté que par l'imperfection du manuscrit que Ducange a reproduit. Le recueil des textes antérieurs au seizième siècle relatifs à la *Coutume de Paris*, dont M. Bordier commence la publication, fait entrer l'érudition dans une voie nouvelle, et nous donnera sans doute le mot d'une des questions les plus délicates de l'histoire du droit, je veux parler de l'origine et des rédactions successives de ces coutumiers privés, de ces *stiles*, de ces *notables*, qui reçurent au seizième siècle une consécration officielle et devinrent la coutume de Paris. Enfin les pièces justificatives que M. Giraud a jointes à son *Histoire du droit français* ajoutent singulièrement à nos richesses juridiques, notamment la *Coutume de Bourgogne*, que Bouhier avait mutilée et défigurée, et les *Coutumes de Châtillon et de Beaune*. En même temps, les textes méridionaux qui abondent dans cet intéressant recueil, tels que les *Statuts d'Arles, d'Apt, de Salon, de Montpellier et de Carcassonne*, nous initient à des institutions que, jusqu'à ce jour, on a laissées de côté, en se contentant de dire que le droit romain était la loi du Midi, sans se préoccuper des transformations que l'usage avait fait subir aux lois romaines, pour en faire en chaque province du Midi une coutume parti-

[1] Amiens, chez Duval et Herment, 1845, in-4.

Digitized by Google

culière, aussi nettement caractérisée, aussi nationale, que toutes les coutumes du Nord.

Parmi ces sources nouvelles, une place honorable appartient à la publication que vient de faire, sous les auspices de la Société des Antiquaires de Picardie, M. Bouthors, greffier en chef de la Cour royale d'Amiens. Les coutumes locales du bailliage d'Amiens, rédigées pour la plupart en 1507, offrent à l'antiquaire un intérêt tout particulier. Jusqu'à ce jour les coutumes que nous étudions de préférence, et qu'on a recueillies dans le *Coutumier général*, sont ou provinciales, comme celles de Poitou, de Bourgogne, de Maine ou d'Anjou ; ou municipales, comme celles de Paris ou d'Orléans ; mais nous ne possédons qu'en petit nombre ces coutumes locales faites pour un bourg, pour un village, pour un fief, et quoique certaines provinces, telles que la Bretagne, en offrent de fort curieuses, ce n'est pas de ce côté que s'est dirigée l'attention des érudits. Cependant, c'est dans ces coutumes que se trouve l'histoire des classes agricoles ; c'est là qu'on peut étudier l'infinie diversité du servage, et le passage de la servitude à la liberté ; c'est là aussi, il faut bien le dire, que la féodalité se voit dans toute sa dureté et toute sa laideur. Autant, dans les *Assises*, elle semble grande et noble, autant dans les coutumes locales elle paraît ridiculement tyrannique et oppressive pour tout ce qui n'appartient pas à la classe privilégiée. Que dire, par exemple, des droits prétendus en 1507, comme lui appartenant de toute ancienneté, par le seigneur de Rambures, sire de Drucat, dans la prévôté de Saint-Riquier?

« 17. Item, quant aucun des subgietz ou subgiettes dudit lieu de Drucat se marie, et la feste et nœupces se font audit lieu de Drucat, le marié ne pœult couchier la première nuyt avec la dame de nœupce, sans le congié, licence et auctorité dudit seigneur..., lequel congié il est tenu demander audit seigneur ou à ses officiers ; pour lequel congié obtenir ledit marié est tenu bailler un plat de viande, tel que on la mangue auxdites nœupces, avec deux lots de bruvaige tel que lon boit ausdites nœupces, et est ledit droit appelé, etc.

« 18. Item, et a ledit droit, quand il couche et pernote en son chasteau dudit lieu, tous les subgiez dudit lieu de Drucat sont tenu batre l'ieaue estant auprès dudit chasteau pour empeschier que les raines ou grenoulles ne lui faicent noise, sur paine et amende a chascun subgiet de LX sols parisis [1]. »

[1] *Coutumes locales*, p. 484.

Digitized by Google

Le recueil de M. Bouthors abonde en pareils détails de mœurs, mais ce n'est pas seulement par la richesse des documents qu'il se recommande ; il n'est pas moins intéressant par les dissertations de l'éditeur, et les pièces justificatives destinées à les éclairer. L'esquisse féodale du comté d'Amiens du douzième au treizième siècle (pag. 229-278), les recherches sur le droit de lagan ou de bris et naufrage (pag. 358-365), la théorie des prestations seigneuriales (pag. 450-476) sont des morceaux importants, le premier surtout qui s'appuie sur une pièce des plus curieuses, le rôle des feudataires de l'abbaye de Corbie au commencement du treizième siècle. Ce rôle détermine les services et les redevances des vassaux de l'abbaye, quelle que soit leur condition, avec toute la précision d'un livre cadastral, et rappelle en plus d'un point le Polyptique d'Irminon. On voit, en rapprochant ces deux monuments, quelle révolution s'est faite dans toutes les conditions sociales pendant l'intervalle de quatre siècles qui les sépare l'un de l'autre : la terre est devenue la solde commune de tous les services, et il n'y a plus d'hommes libres, d'esclaves, ni de lite, mais seulement des tenanciers. Depuis Enguerrand de Boves jusqu'au dernier *famulus* de l'abbaye, tout le monde tient héréditairement une portion du sol ; tout le monde fait à l'abbé serment de féauté, depuis le puissant seigneur jusqu'aux meuniers, taillandiers, jardiniers de l'abbaye, jusqu'au plus humble des fonctionnaires, le *fugator ranarum*, dont le nom n'a pas d'équivalent dans notre langue.

Les notes de M. Bouthors abondent en documents de ce genre, parmi lesquels je citerai la conversion en fief de franc aleu de Picquigny (pag. 208 et suiv.), le dénombrement servi par Jean de Picquigny à l'évêque d'Amiens en janvier 1302 (pag. 216 et suiv.), et la transaction faite en 1296 entre l'abbaye et la commune de Corbie, sous les auspices de l'abbé de Saint-Denis (p. 333). Il est curieux de voir combien les ordonnances de saint Louis contre les gages de bataille avaient de peine à s'étendre au delà des domaines du roi ; ce sont des moines qui défendent à l'encontre de la commune, et comme leur prérogative, le droit d'être juges et gardes du camp.

« Se aucuns fait demande ou procès pardevant le maieur et les jurez de Corbie, et que gage de bataille enquesit ou pust naistre, li maieur et li jurez devant dit ce procez ne pourront retenir, ainz envoieront les parties pardevant la justiche et les eschevins desdits relligieus et en leur court, et se il convenoit que bataille soit faite par le jugement desdits eschevins des parties envoiées ou d'autres parties, li camps et le bataille seroient en le court des de-

Digitized by Google

vantdits relligieus, et la garde du camp appartiendroit as devantdits relligieus, et le feroient garder par leur sergent ; et se lune des parties estoit vaincue ou recréant, les devantdits relligieus, ou leur commans, seroient tenus à delivrer icheli vaincu ou recréant, à l'issue de la porte de l'abbeie... au maieur et as jurez de Corbie, lesquels feroient le justiche et l'exequcion de ladite personne vaincue ou recréant ; et li biendu vaincu seroient départis en la manière qu'il est contenu en la prononciation l'abbé de Saint-Denis. »

Les *Olim* contiennent du reste sur ce point un passage non moins curieux, et qui montre dans tout leur jour les principes de la féodalité, qui nous paraissent aujourd'hui si étranges. Le roi avait fait un *pariage*, ou si l'on veut, une association de seigneurie et de justice, avec le prieur de Saint-Pierre-le-Moustier ; saint Louis ayant aboli le duel dans ses domaines, cette épreuve judiciaire n'en subsistait pas moins dans les terres de l'abbaye, et le bailli de Bourges se contentait de demander la part du roi dans les revenus que produisait le duel. *Ad hoc respondebat idem prior*, dit l'arrêt [1], *quod hoc non tenebatur facere, cum dominus rex, nolens tenere duellum ipsi priori, duella totaliter dimisisset ab eodem in dicta villa tenenda, et maxime cum in ipsis tenendis magnos sumptus eum facere oporteat, in quibus dominus rex nihil ponit*. Néanmoins, le prieur fut condamné, le revenu du duel étant considéré comme tout autre *exploit de justice*, et le roi continua de percevoir à Saint-Pierre-le-Moustier, et des mains de l'abbé, un tribut pour un mode de jugement qu'à Paris on déclarait criminel et contraire aux lois de la religion. L'histoire du droit féodal est pleine de ces contradictions qui s'expliquent par le respect exagéré des droits de la seigneurie et de la propriété.

J'en ai dit assez pour recommander la collection de M. Bouthors à tous ceux qui s'occupent de nos antiquités nationales ; ils trouveront dans ce livre des documents nouveaux, un texte correct, des notes riches en pièces originales, empruntées aux archives du département, et des dissertations intéressantes sur des points de notre ancien droit. On doit vivement désirer que M. Bouthors nous donne prochainement la continuation qu'il nous fait espérer de ce travail considérable, et on doit savoir un gré infini à la Société des Antiquaires de favoriser la publication d'une œuvre qui fait un grand honneur aux lumières et au patriotisme de la Picardie

ÉDOUARD LABOULAYE.

[1] An 1267. *Olim*, tom. I, p. 667, VIII.

Digitized by Google

Des irrigations suivant la loi du 16 *septembre* 1807, par M. A. de P., ancien avocat à la Cour royale de Paris.

Déjà, dans le mois d'octobre 1844, *la Revue de législation* a signalé à l'attention de ses lecteurs le travail publié par M. de Pistoye sur les irrigations suivant la loi du 16 septembre 1807 [1]. L'auteur recherche quelle part d'action le législateur a remise à l'administration publique, pour hâter le développement des irrigations. Il examine la question de savoir si la législation actuelle permet, et jusqu'à quel point elle permet, de contraindre les propriétaires de terrains irrigables à coopérer à la construction et à l'entretien de canaux d'irrigation, lorsqu'ils sont reconnus d'utilité publique.

L'impulsion administrative en cette matière semblerait superflue, mais quand on consulte les faits et l'expérience, on sent le besoin d'une autorité dirigeante qui donne et règle le mouvement. Sans cette autorité, est-il possible que les irrigations s'étendent au milieu de propriétés morcelées, au milieu de cultivateurs dont les habitudes de routine sont tenaces et hostiles aux améliorations, avec l'esprit de jalousie qu'excitent toujours les grandes entreprises, et surtout avec les calculs égoïstes qui font refuser le bienfait des irrigations, dans l'espoir de ruiner l'entreprise et d'avoir pour rien, à peu près, l'eau dont le prix est proportionné aux dépenses des entrepreneurs ? La ruine d'Adam de Crapone et celle dont est menacé de nos jours un citoyen honorable qui, dans le département de la Haute-Garonne, a entrepris et exécuté un canal d'irrigation dérivé de la Garonne, sont de tristes exemples, que cite l'auteur, de la nécessité de l'action administrative en cette matière.

La théorie est simple et facile : la loi du 16 septembre 1807 a posé un principe large et fécond ; toutes les fois que des travaux généraux, départementaux ou communaux, entrepris, approuvés ou autorisés par le gouvernement, produisent un notable avantage à des propriétés particulières, un règlement d'administration publique, les propriétaires entendus, peut les obliger à subvenir à l'établissement de ces travaux, par l'abandon d'une partie de l'avantage qu'on leur procure ; cette portion ne peut pas dépasser la moitié ; pour connaître la quotité de l'avantage

[1] Chez Paul Dupont, Librairie administrative, rue de Grenelle-Saint-Honoré, n° 55. — Depuis 1844 l'auteur a ajouté à son premier travail un *appendice* sur la législation étrangère, et quelques développements sur des points spéciaux de son sujet.

Digitized by Google

procuré aux propriétés privées, on les estime avant et après les travaux. Une commission spéciale, instituée par le roi, choisie parmi les notables de la contrée, est appelée à régler ces estimations. Telle est la disposition que l'auteur applique à l'ouverture des canaux d'irrigation, lorsqu'ils sont déclarés d'utilité publique.

Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, tel est le principe de la loi de 1807. Les facilités données pour la libération adoucissent encore l'application de la règle. On peut se libérer en rente, en argent, en terre; on peut même se tenir en dehors de l'entreprise en aliénant son terrain au prix fixé par la première estimation.

Mais, dira-t-on, nul ne peut être contraint d'irriguer son terrain. Le droit de propriété, tel qu'il est défini par la loi civile, s'oppose à ce qu'aucun genre de culture soit imposé par l'administration, et ce n'est que par l'emploi réel des eaux et par un changement de culture que les canaux d'irrigation peuvent faire fructifier les terrains au milieu desquels ils sont ouverts. A cela M. de Pistoye répond qu'il faut distinguer l'irrigation de l'irrigabilité : par l'irrigabilité il entend les facilités que donne à l'arrosage l'établissement des canaux, et par l'irrigation l'arrosage lui-même. Or, l'irrigabilité à elle seule, même avant l'arrosage, suffit pour augmenter notablement la valeur des terrains.

L'expérience vient souvent, dans nos contrées méridionales, démontrer cette vérité. Dès qu'un canal d'irrigation est décrété, à peine le premier coup de pioche est-il donné, que la valeur des terrains qui doivent être irrigables est portée au double et souvent même au triple.

On peut et l'on doit, suivant l'auteur, demander à chaque propriétaire moitié ou plus de cette valeur vénale et courante dont l'ouverture des canaux d'irrigation gratifie tous les propriétaires de la contrée, et celui qui veut irriguer immédiatement, et celui qui recule et temporise, ou résiste à l'amélioration.

Une fois l'irrigabilité payée, l'irrigation elle-même, on le comprend, sera donnée à bon marché, et dès lors il est naturel de prévoir que ceux qui auront été obligés de payer l'irrigabilité seront facilement amenés à profiter de l'irrigation.

Telle est toute l'économie du système de l'auteur. Au point de vue légal, cette doctrine, toute nouvelle qu'elle est, est irréprochable.

Mais, et c'était là la principale difficulté, suivant l'application de son principe dans toutes ses conséquences, l'auteur déduit les règles de droit et d'administration qui doivent présider à la réalisation de son sys-

Digitized by Google

tème. Il cite et commente tour à tour les dispositions de la loi du 16 septembre 1807, les avis ou les arrêts du Conseil d'État, et, à leur défaut, les règles générales du droit, de l'équité et du bon sens.

Le jour où l'administration voudra mettre la main à l'œuvre, elle trouvera dans la petite brochure de M. de Pistoye tous les éléments du règlement d'administration publique qui devra intervenir.

La loi votée à la dernière session, sur la proposition de M. le comte d'Angeville, assure le libre passage aux eaux, lorsqu'il est nécessaire de les conduire là où, devenues d'un usage individuel et privé, l'expropriation pour cause d'utilité publique pourrait n'être plus applicable. Après cette loi utile, faut-il recourir de nouveau à la législature, ou suffit-il d'appliquer la législation actuelle, telle que l'entend et la commente M. de Pistoye? Pour nous, nous n'hésitons pas à penser que l'expérience doit précéder et amener les changements de législation, et qu'avant de recourir à des règles nouvelles, il faut d'abord essayer de la législation qui existe. Mais, dira-t-on, la loi de 1807 est bien vieille, elle est bien générale; l'application proposée rentre-t-elle bien dans son esprit? A cela nous répondrons : le règlement d'administration publique qui, dans chaque affaire, doit décréter l'application du système, suffira pour rajeunir les dispositions de la loi de 1807, et pour préciser les conséquences légales qu'on peut en déduire.

Nous appelons donc de tous nos vœux le jour où l'expérience viendra justifier les doctrines de M. de Pistoye.

DEFOUGÈRES,
Professeur à la Faculté de droit d'Aix.

Cours d'introduction générale à l'étude du droit, ou Manuel d'encyclopédie juridique, par M. ESCHBACH, avocat, professeur suppléant à la Faculté de droit de Strasbourg. Deuxième édition, revue et considérablement augmentée. Paris, Joubert, libraire, 1846.

Tous les bons esprits qui se sont occupés de l'enseignement ont compris qu'il était nécessaire, avant d'initier les jeunes gens aux mystères ou aux questions les plus difficiles du droit, de les familiariser avec la langue et de leur donner un aperçu des principales parties, une vue d'ensemble de la science. Les principes généraux se rattachent à la philosophie, et d'autre part, l'histoire du droit se lie nécessairement à l'histoire générale; on fait ainsi passer les élèves, sans un changement trop brusque, des études philosophiques et historiques

Digitized by Google

aux études juridiques. C'est ce qu'on a depuis longtemps reconnu en Allemagne, où cours et traités sur cette matière abondent sous le nom d'*Encyclopédies*. Mais en France un seul cours d'encyclopédie du droit existe à la Faculté de Paris, sous le nom d'*Introduction générale à l'étude du droit*. En province, les suppléants en sont chargés, mais presque tous négligent d'aborder ce travail. C'est un cours de cette nature que M. Eschbach a fait à Strasbourg et qui nous a valu un bon livre. Puissent ses collègues l'imiter, et en cette partie, pas plus que pour les autres, nous n'aurons plus rien à envier à l'Allemagne ! En attendant de nouveaux cours ou traités, celui de M. Eschbach est le seul composé dans ces derniers temps, et il nous paraît répondre complétement à la pensée du gouvernement et aux besoins de la science.

Dans cette nouvelle édition, M. Eschbach a donné beaucoup plus d'étendue à la partie philosophique, au droit naturel. Des notions générales sur le droit positif et sur chacune de ses parties, droit public ou privé ; l'histoire des sources de la législation romaine et de la législation française, lois des barbares, capitulaires, formules, coutumes, droit féodal, droit canonique, droit moderne ; quelques mots des diverses écoles de droit et des plus célèbres jurisconsultes, la bibliographie, enfin l'étude comparative des législations anciennes et modernes, outre celles de Rome e de la France, tout cela est réuni dans un volume aussi commode que peu embarrassant par son format. Ce volume deviendra, nous n'en doutons pas, un de ces livres utiles et indispensables à l'étudiant en droit. Que de travaux, en effet, et de recherches ne lui épargne-t-il pas ! Ce n'est pas d'ailleurs un succès que nous voulons présager au cours de M. Eschbach, il l'a déjà obtenu, et il est assez connu pour se passer d'une plus ample notice et d'une nouvelle recommandation, pour cette deuxième édition réellement revue et considérablement augmentée. G.

Commentaire sur les lois rurales françaises, par E.-J.-A. Neveu-Derotrie, avocat, professeur titulaire d'économie rurale à Nantes, inspecteur d'agriculture de la Loire-Inférieure. Paris, Cosse et Delamotte, 1845, 1 vol. in-8°.

Assurément c'était une bonne pensée de réunir et de coordonner les différentes dispositions de nos lois qui régissent les intérêts ruraux. En attendant que l'on se décide à rédiger ce code rural, désiré depuis longtemps et dont l'absence laisse un vide considérable dans notre système de codification, un ouvrage de ce genre, bien conçu et bien exécuté, a une

Digitized by Google

utilité pratique qu'on ne saurait méconnaître. Apprendre aux agriculteurs ce qu'ils peuvent ou ne peuvent pas faire, où finissent leurs droits, où commencent leurs devoirs, c'est prévenir une grande partie de ces procès dont les frais ne sont pas l'une des charges les moins lourdes qui pèsent sur le sol. Ces lois, avec tout leur mérite de rédaction, n'ont pas toujours une clarté suffisante pour que leur intelligence soit accessible à tous, et lorsque l'expression en est claire et précise, les conséquences et les applications ne le sont pas toujours également. De là, nécessité d'un commentaire, dont la forme et le caractère doivent varier selon le public auquel il est destiné. M. Neveu-Derotrie, qui adresse le sien aux agriculteurs, a évité autant que possible les controverses qui ne peuvent être bien saisies que par les personnes possédant une éducation juridique complète; il a recherché surtout les solutions positives et les définitions précises. Son livre est divisé en huit parties : la première traite de la propriété et des droits qui s'y rattachent; la deuxième, du contrat de louage en matière rurale; la troisième, de la vente des immeubles, des produits du sol et des bestiaux; la quatrième, de la voirie vicinale et du régime forestier quant aux bois des communes et des particuliers; la cinquième, de l'organisation municipale, des gardes champêtres et de la chasse; la sixième, de la police rurale; la septième, de la compétence; la huitième enfin est consacrée aux usages locaux et à l'étude des mesures à prendre pour la mise en valeur des landes et terres vagues. Dans chacune de ces parties, l'auteur rattache ses déductions aux articles des Codes ou des lois spéciales qui les dominent. Elles sont généralement exactes, et les propriétaires qui ne peuvent consulter les ouvrages étendus sur chacune de ces diverses matières, trouveront un bon guide dans le commentaire dont nous parlons. L'auteur y a ajouté aux notions puisées dans ses devanciers, les résultats, souvent intéressants, de ses propres recherches; nous citerons, par exemple, la section IV de la huitième partie, où l'on trouve un relevé curieux des usages locaux dans le département de la Loire-Inférieure.

Digitized by Google

CHRONIQUE.

Appelée à remplacer dans la section de législation M. Berriat Saint-Prix, l'Académie des sciences morales et politiques lui a donné pour successeur M. Vivien ; ce choix a réuni la presque unanimité des suffrages (22 voix sur 25 votants). Ce résultat, si honorable pour le nouveau membre de l'Institut, ne peut manquer de rencontrer une approbation unanime. *Les Etudes administratives*, que M. Vivien a récemment publiées, ouvrent une voie nouvelle aux méditations des jurisconsultes et des publicistes ; c'est surtout de pareils travaux que les suffrages de l'Académie doivent récompenser, en s'attachant plutôt à la qualité qu'à la quantité des ouvrages produits. Il faut s'élever au-dessus des complications de la pratique judiciaire, et aborder le domaine véritablement scientifique, pour prendre place dignement au milieu des savants illustres qui siégent à l'Académie des sciences morales et politiques. Cette direction a été suivie par M. Vivien ; une expérience consommée des affaires lui a servi de guide dans l'essai auquel il s'est livré pour fonder *la science de l'administration*, dont le droit administratif devient l'instrument.

La section de législation comptait dans son sein d'éminents représentants du droit civil, criminel, de l'histoire et de la philosophie du droit, MM. Portalis, Dupin, Bérenger, Troplong et Giraud. Il était juste qu'elle voulût se compléter en nommant un représentant de la science administrative, dont l'importance grandit chaque jour. Cette intention a donné un caractère tout spécial au choix du successeur de M. Berriat Saint-Prix. Plusieurs jurisconsultes ont renoncé à se mettre sur les rangs, notamment M. Laferrière, professeur à la Faculté de droit de Rennes, et la liste de présentation a été dressée en vue du résultat auquel on voulait arriver. La section a présenté en première ligne M. Vivien, en seconde ligne M. Macarel, comme les deux candidats qui représentaient le droit administratif ; elle a en outre mis sur la liste, *ex æquo* et par ordre alphabétique, les noms de nos savants collaborateurs, MM. Faustin Hélie, Hello, Ortolan et Renouard, afin d'indiquer ainsi qu'elle n'aurait que l'embarras du choix quand il s'agirait d'une nomination à faire pour les autres branches de la législation. M. Macarel s'étant désisté de sa can-

Digitized by Google

didature, M. Vivien n'avait en réalité point de concurrent, car le caractère spécial de l'élection écartait les autres candidats.

On ne peut, du reste, qu'applaudir à la détermination de donner en quelque sorte droit de cité scientifique à la législation administrative, et au choix honorable que cette décision première vient d'amener. M. Vivien compte sans contredit au nombre des esprits les plus distingués, les plus droits et les plus ingénieux de notre temps; l'Académie a donc fait un excellent choix et une précieuse acquisition.

— Les Conseils généraux du commerce, des manufactures et de l'agriculture délibèrent en ce moment sur d'importantes questions de législation et d'économie publique, qui leur ont été soumises par M. Cunin-Gridaine. Déjà un de nos honorables collaborateurs, M. Ortolan, membre du Conseil général du commerce, a donné dans cette *Revue* le tableau fidèle des travaux de la dernière session des Conseils (Voy. plus haut, p. 502). Il a bien voulu se charger également de rendre compte des résultats de la session actuelle. Aussi nous abstiendrons-nous pour le moment d'entrer dans d'autres détails, en nous bornant à appeler la sérieuse attention des trois Conseils sur les problèmes suivants, qui nous semblent venir en première ligne par les conséquences fécondes que leur bonne solution ne manquerait pas d'amener, à savoir : la fondation d'une caisse générale de retraites pour les ouvriers, l'organisation du crédit foncier, la réforme de l'institution des conseils de prud'hommes, et l'apprentissage industriel.

— L'Université de Tubingue vient de perdre l'un de ses membres les plus éminents, par suite d'une résolution que les amis de la science ne peuvent que regretter vivement, tout en rendant hommage au sentiment de noble indépendance qui l'a motivée. M. Robert de Mohl, par ses connaissances spéciales et par sa réputation si justement acquise, était désigné pour occuper une place éminente dans les Chambres législatives de son pays. L'honorable et savant professeur se porta dernièrement candidat à la députation. Bien qu'il se présentât contre un candidat de l'opposition, il crut de son devoir de blâmer en termes sévères, mais mesurés, la marche suivie par le ministère. C'en fut assez pour que celui-ci voulût se venger. Il imagina de le transférer, comme conseiller du gouvernement, à la résidence d'Ulm, sachant bien que les intérêts de l'enseignement et toutes ses affections rattachaient M. de Mohl à la ville universitaire. M. de Mohl répondit à cette vengeance en donnant sa démission de toutes les fonctions qu'il tenait, plus ou moins directement,

Digitized by Google

du gouvernement. Le pays a apprécié la noblesse de cette détermination, et les témoignages unanimes de la sympathie publique ont suivi M. de Mohl dans sa retraite. L'Université de Tubingue surtout a voulu montrer qu'elle comprenait l'étendue de la perte qu'elle venait de faire, et rendre un solennel hommage au caractère et au talent de M. de Mohl. Les étudiants en masse se sont portés à sa demeure pour lui exprimer leur sympathie et leurs regrets : démonstration d'autant plus significative que le professeur n'avait jamais rien fait pour rechercher leur bienveillance.

La Faculté des sciences administatives, dont M. de Mohl était la gloire et presque le fondateur, lui a présenté une adresse, dont nous reproduisons quelques passages, pour montrer comment les services de M. de Mohl sont appréciés par ses collègues.

« Comme professeur, disent-ils, vous avez dans votre enseignement toujours attrayant, spirituel et nourri des plus solides connaissances, parcouru depuis vingt ans, avec un succès bien rare, les branches les plus variées et les plus importantes des sciences politiques et administratives; comme membre du sénat académique, vous avez défendu, toujours et contre tous, les intérêts de notre Faculté avec le zèle, l'énergie et le talent dont avait besoin cette création nouvelle, pour asseoir sa prospérité sur l'appui de l'opinion publique. Tout en prenant part aux affaires administratives de l'Université, en montrant un zèle infatigable pour les intérêts des institutions universitaires et en donnant l'impulsion à la construction de notre nouvelle *aula*, vous avez su augmenter les moyens d'instruction et les ressources de notre Faculté. Vous avez fait tous vos efforts et les plus nobles sacrifices pour que les chaires, si souvent vacantes dans notre Faculté, fussent toujours dignement remplies. Comme bibliothécaire en chef de l'Université, vous avez apporté les soins les plus désintéressés et les plus fructueux à l'enrichissement de notre bibliothèque dans les branches politiques et administratives, qui s'y trouvaient, avant vous, si mal représentées : dans ce but, vous avez mis à profit toutes les ressources dont vous pouviez disposer et les avantages inappréciables que vous donnaient vos nombreuses relations à l'étranger. Enfin, par vos travaux littéraires, par votre renommée, qui s'étend au loin et qui ne s'arrête pas aux limites de l'Allemagne, par votre active collaboration à la Revue que votre impulsion surtout nous a déterminés à fonder, vous avez contribué plus que personne à acquérir à notre Faculté l'estime publique. »

Après ces éloges, qui certainement ne paraitront pas exagérés, l'a-

Digitized by Google

dresse exprime la conviction que M. de Mohl ne pourra être remplacé, et que la perte que l'Université fait en sa personne est pour longtemps irréparable.

Le sénat de l'Université de Tubingue a fait auprès de M. de Mohl une démarche analogue. Le recteur, accompagné des deux *seniores* du sénat, a remis à M. de Mohl une adresse qui renferme, en termes non moins énergiques, l'expression des regrets et de la sympathie dont la Faculté des sciences politiques lui avait déjà porté l'honorable témoignage. D'un autre côté, l'opinion publique se prononce à peu près unanimement, dans la presse allemande, contre l'acte inqualifiable du gouvernement wurtembergeois ; ceux-là même qui avaient combattu dans M. de Mohl un adversaire politique, s'empressent de rendre hommage à son noble caractère et à son talent élevé comme publiciste et comme professeur. Il n'est pas douteux que quelque gouvernement d'Allemagne, mieux inspiré que celui de Wurtemberg, ne profite de cette circonstance pour appeler dans l'une de ses Universités un maître aussi illustre, et ne répare ainsi l'injustice dont M. de Mohl a été victime dans son pays.

— La Chambre des députés du royaume de Saxe a consacré trois de ses séances à la question de la réforme de l'instruction criminelle. L'on avait demandé, comme dans la plupart des États constitutionnels de l'Allemagne, l'institution du jury, les débats oraux, le ministère public et la publicité des audiences. Le ministère avait consenti à l'institution du ministère public et des débats oraux ; mais il avait repoussé énergiquement non-seulement le jury, que n'acceptait pas non plus la commission de la Chambre, mais encore la publicité des audiences. Après une discussion animée, la Chambre des députés a statué à l'unanimité que, de concert avec la Chambre haute, elle supplierait le gouvernement de présenter, au plus tard dans la prochaine session, un projet d'instruction criminelle établi sur la triple base de la publicité, de l'institution du ministère public et de l'adoption des débats oraux, ainsi qu'un projet de loi qui retirerait et abrogerait la juridiction criminelle appartenant jusqu'alors à des particuliers et à des corporations. Quant à la partie de la proposition relative au jury, elle a été repoussée à une assez forte majorité. Au scrutin sur l'ensemble, le projet de la commission a été adopté à l'unanimité. Le ministre dirigeant, M. Kœnneritz, s'était vivement déclaré contre le principe de la publicité des débats judiciaires : par suite de la décision de la Chambre, il a cru devoir donner sa démission, mais celle-ci n'a pas été acceptée par le roi de Saxe.

Digitized by Google

— Nous trouvons dans *la Gazette d'Augsbourg*, sur l'état de la criminalité en Wurtemberg, des renseignements intéressants, surtout par les réflexions qu'ils suggèrent. L'on avait prétendu que le nombre des crimes augmentait sensiblement dans ce pays ; mais le correspondant de *la Gazette d'Augsbourg* démontre, par des chiffres officiels, que si cette assertion est fondée jusqu'à un certain point quant au nombre des poursuites, c'est-à-dire des *crimes présumés*, elle est complétement dénuée de fondement quant à celui des condamnations, c'est-à-dire des *crimes démontrés*. Le chiffre de ces dernières a plutôt diminué qu'augmenté, et s'il en a été autrement pour celui des poursuites criminelles, c'est uniquement parce que le pouvoir public a été plus vigilant ou mieux servi par ses agents, et que la réforme récente de l'instruction criminelle a appelé l'investigation de la justice sur beaucoup de faits qui, jusqu'alors, lui demeuraient inconnus. Si l'imagination du public est plus souvent effrayée par le récit des drames judiciaires, c'est que la publicité des débats criminels fait passer sous ses yeux, soit directement, soit par la voie des journaux, une foule d'affaires qui, jusqu'à cette réforme, expiraient dans le silence du greffe. Ces considérations sont surtout d'une vérité frappante dans notre pays, où la justice est assez bien armée pour que la moindre infraction aux lois arrive presque aussitôt à sa connaissance, et où, d'un autre côté, les journaux ne laissent passer aucun délit, aucun crime et même aucune accusation de cette nature, quand elle serait le moins justifiée, sans en instruire le public.

L'immoralité ne fait pas plus de progrès dans les pays libres qui jouissent du bénéfice de la publicité des débats, et les prétendus avantages dont se vantent sous ce rapport les États dont l'organisation diffère de la nôtre, tiennent seulement au mystère qui enveloppe la poursuite et le jugement des infractions criminelles.

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TROISIÈME VOLUME

(Nouvelle série, 1845).

(TOME XXIVe DE LA COLLECTION).

Pages.

LÉGISLATION, HISTOIRE ET PHILOSOPHIE DU DROIT.

De la loi du 29 avril 1845 sur les irrigations, dans ses rapports avec la législation actuelle sur les cours d'eau, par M. Esquirou de Parieu, docteur en droit, avocat à la Cour royale de Riom. 5

Des libertés de l'Église gallicane, par M. Ch. Giraud (2e article). . . 57

De l'organisation de la famille à Athènes, par M. Cauvet, suppléant provisoire à la Faculté de droit de Caen 181

— Deuxième partie. 433

Quelques réflexions sur l'enseignement du droit en France, par M. Édouard Laboulaye. 289

Droit administratif. — Traité général de droit administratif appliqué, par M. Dufour. — Article de M. Vivien, ancien ministre de la justice, membre de l'Institut. 475

Travaux des Conseils généraux de l'agriculture, du commerce et des manufactures, par M. Ortolan. 502

Les manuscrits des Basiliques, par M. Mortreuil, avocat à Marseille. 516

Enseignement du droit, concours. — Quelques mots sur un article de M. Bonnier, par M. Edouard Laboulaye. 532

DROIT CIVIL.

Revue critique de la jurisprudence civile.—Séparation de corps, donation entre époux, révocation, par M. Pont. 90

— Mariage, interdit, collatéraux, conventions matrimoniales, par M. Pont. 239

DROIT CRIMINEL.

Des caractères généraux de l'action publique, par M. Faustin Hélie (premier article). 182

— Deuxième article. 371

Digitized by Google

Pages.

REVUE DES RECUEILS ÉTRANGERS CONSACRÉS A LA SCIENCE DU DROIT.

Droit criminel. — Du jury. — Du droit de punir, par M. V. CHAUFFOUR, docteur en droit. 221

ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES.

De l'intervention de l'Etat dans les rapports industriels. — Discussion entre MM. VILLERMÉ, BLANQUI, PASSY, G. DE BEAUMONT. 264
Mémoire de M. BERRIAT SAINT-PRIX sur le Traité général des assurances, par M. Alauzet. 273
Mémoire de M. FRANK, sur la famille. 407
Rapport de M. DUPIN, sur les Règles internationales de la mer, par M. ORTOLAN. 522

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

De la réforme du Code pénal, par M. Michel SOLIMÈNE (article de M. F. HÉLIE). 113
Cours de droit civil, par M. DEMOLOMBE (article de M. P. PONT). . . 116
Traité de la procédure civile, par MM. BONCENNE et BOURBEAU. . . 122
Éléments du droit commercial, par M. THIERCELIN. 123
Jurisprudence de la Cour royale d'Aix 124
Ouvrages allemands. 125
Encyclopédie du droit, par MM. SEBIRE et CARTERET. 278
Programme d'un Cours de droit civil français, par M. BURDET. . . . 280
Manuel complémentaire des Codes français, par M. PAILLET. 281
De l'organisation légale des cours d'eau, par MM. DUMONT. 282
Manuel de l'expropriation pour cause d'utilité publique, par M. DEBRAY. 283
Nouveau manuel complet des experts, par M. VASSEROT. 283
Système de la police préventive, par M. R. DE MOHL. 284
Histoire du droit français au moyen âge, par M. Ch. GIRAUD (article de M. V. CHAUFFOUR) 419
Les coutumes du baillliage d'Amiens, par M. BOUTHORS (article de M. ED. LABOULAYE). 539
Loi des irrigations, par A. de P. (article de M. DEFOUGÈRES, professeur à la Faculté d'Aix). 543
Cours d'introduction générale à l'étude du droit, par M. ESCHBACH, avocat. 545
Commentaire sur les lois rurales françaises, par E. J. A. NEVEU-DEROTRIE, avocat. 546

Digitized by Google

CHRONIQUE.

Pages.
Conseils des prud'hommes. 126
Mariages mixtes. Circulaire de l'archevêque de Fribourg. 127
Etudes administratives. 285
Candidatures à l'Académie des sciences morales et politiques. 286
Commission pour la réforme hypothécaire. 286
Mort de J. Storry. 287
Distribution des prix à la Faculté de droit de Paris. Rapport de M. ROUSTAIN. 287
Discours de rentrée 428
Commission des hautes études de droit. 429
Concours de la Faculté d'Aix. 429
Inauguration de la nouvelle Université de Tubingue. Création de docteurs honoraires. Texte du diplôme délivré à M. ED. LABOULAYE . 430
Mouvement de la législation dans le Hanovre. 432
Académie des sciences morales et politiques. — Election de M. VIVIEN. 548
Conseils généraux du commerce, des manufactures et de l'agriculture. 549
Destitution de M. de Mohl. 549
Chambres saxonnes, publicité des débats judiciaires. 551
Statistique criminelle du Wurtemberg. 552

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

Digitized by Google

TABLE

ALPHABÉTIQUE ET ANALYTIQUE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LES TOMES I, II ET III DE L'ANNÉE 1845.

Académie des inscriptions. Election de M. Laboulaye. I, 136.
Académie des sciences morales et politiques. I, 10, 35, 448, 559; II, 117, 479; III, 264, 286, 407.
—Voy. Association. Assurances. Famille. Impôts. Instruction criminelle. Libertés de l'Eglise gallicane. Régime municipal. Règles. Sismondi. Système protecteur. Travail.
Action publique. Distinction de l'action privée et de l'action publique, et caractères généraux de celle-ci dans le droit athénien. III, 183; dans le droit romain, 185; dans l'ancien droit français, 190; dans la législation intermédiaire, 371; d'après le Code d'instruction criminelle, 383. Résumé, 389.
— Traité des actions chez les Romains, par M. Bonjean. Compte-rendu, II, 246.
Adjudicataire. Voy. Jurisprudence civile.
Allemagne. De la lutte des romanistes et des germanistes, I, 93.
—Voy. Droit. Jury.
Amalfi. Voy. Table.
Anciens. Voy. Coutumes.
Aptitude aux fonctions. Voy. Fonction. Réforme administrative.
Association. Rapport à l'Académie des sciences morales sur le prix de M. F. Beaujour, II, 479.
Assurance. Le commissionnaire assuré pour compte de *qui que ce soit*, qui a reçu de bonne foi l'indemnité d'un sinistre des mains de la compagnie d'assurances, peut-il être recherché par celle-ci, lorsqu'on vient à découvrir plus tard que l'assurance manquait d'objet? Discussion de cette question; résolution négative, I, 60.
— Traité des assurances, par M. Alauzet. Rapport à l'Académie des sciences morales, III, 273.
Athènes. Voy. Famille.
Autorité judiciaire. De sa nature: elle n'est qu'un démembrement du pouvoir exécutif, II, 443.
Banqueroute simple. Voy. Jurisprudence criminelle.
Barreau (le), par M. Pinard. Compte-rendu, I, 138.
Bulletin bibliographique. I, 138, 306, 434, 563; II, 124, 246, 423, 544; III, 113, 278, 419, 539.
Bulletin législatif. Voy. Chronique. Réforme administrative.
Caisses d'épargne. Examen du projet de loi qui les concerne. Sa discussion et son adoption aux deux Chambres, I, 144, 569; II, 270.
Chemins vicinaux. Commentaire de la loi du 21 mai 1836, par M. Dumay. Rapport à l'Académie des sciences morales, II, 252.
Chronique. I, 144, 314, 444, 568; II, 126, 270, 429, 550; III, 126, 285, 428.
—Voy. Caisses d'épargne. Contrefaçon. Crédit foncier. Empoisonnements. Enseignement. Irrigations. Justices de paix. Mariage. Pensions. Prud'hommes. Réforme administrative, hypothécaire, postale. Salaires. Sociétés anonymes. Travail.
Commissionnaire. Voy. Assurance. Jurisprudence civile.
Compétence de la juridiction administrative. I, 5. Conditions du contentieux administratif, 6. Des différentes classes d'intérêts: 1° intérêts nés des circonstances politiques de la Révolution, 10; 2° intérêts de nature ad-

Digitized by Google

ministrative ou d'ordre purement administratif, 11 ; 3° intérêts de l'ordre réel, 15 ; 4° intérêts de simple jouissance, 16 ; 5° intérêts mixtes, 17 ; 6° intérêts de l'ordre constitutionnel, civil et pénal, 17. Les deux premières classes d'intérêts embrassent généralement le contentieux administratif : pourquoi et comment, 19.
—Voy. Procédure.
Complices. Voy. Jurisprudence criminelle.
Concordat. Rapport à l'Académie des sciences morales sur la publication des travaux de Portalis pour la défense des lois organiques, I, 420.
—Voy. Libertés.
Concours. Voy. Enseignement. Facultés.
Conseil d'Etat. Rapport au roi sur ses travaux, I, 411.
Conseils généraux de l'agriculture, des manufactures et du commerce. Résultats de leurs opérations. I. Question des sucres, 504 ; II. Question des bestiaux, des fers et des graines oléagineuses, 505 ; III. Question des cuirs et tissus, 508 ; IV. Question de législation agricole et industrielle, 509 ; V. Vœux généraux, 512.
Contrefaçon. Adoption du projet de loi relatif à sa répression, I, 568. Décision de la diète germanique à cet égard, II, 432.
Corpus juris civilis. Edition de MM. Kriegel, Hermann et Osenbruggen. Histoire de ses éditions antérieures, II, 451.
Coutumes locales du bailliage d'Amiens, publiées par M. Bouthors. Compte-rendu, III, 539.
Crédit foncier. Observations sur ses conditions, II, 126.
—Voy. Réforme hypothécaire.
Criminalistes. Voy. Niccolini.
Dasumius. Voy. Testament.
Donation. Voy. Jurisprudence civile.
Droit. Des phases principales de son développement chez les peuples d'origine germanique, I, 100.
—Voy. Enseignement. Grèce. Histoire. Inde. Juifs. Justice.
Droit administratif. De son état en France. Examen des ouvrages de MM. Laferrière, Chauveau, Dufour et Macarel, II, 365.
— Examen critique du Traité de droit administratif appliqué, par M. Dufour, III, 475.
— Voy. Compétence.
Droit civil français (*Cours de*), par MM. Zachariæ, Aubry et Rau, tom. IV. Compte-rendu, I, 140.
Droit civil (*Cours de*), par M. Demolombe. Compte-rendu, III, 116.
— Essai sur l'histoire du droit français par M. Giraud. Compte-rendu, III, 419.
—Voy. Jurisprudence. Origines germaniques. Histoire.
Droit commercial De quelques publications modernes sur ce droit, I, 500. Eléments de droit commercial, par M. Thiercelin. Compte-rendu, III, 123.
— Voy. Assurance. Jurisprudence.
Droit criminel. Voy. Jurisprudence. Action publique. Jury. Droit de punir.
Droit public des Français (*Théorie du*), par M. Serrigny, II, 424.
Droit de punir. Son fondement d'après les différentes théories allemandes, III, 229.
Duel. Proposition à la Chambre des députés sur la matière, I, 572.
—Voy. Jurisprudence criminelle.
Education chez les Grecs et les Romains. Droits de l'Etat, II, 129.
Eglise catholique et de l'Etat (*de l'*). Nature de leurs relations ; sphère d'action de l'un et de l'autre, I, 449.
Eglise gallicane. Voy. Concordat. Libertés. Pouvoir.
Empoisonnements. Projet de loi pour les prévenir, II, 429.
Enseignement administratif. De son utilité ; matières sur lesquelles il doit porter, II, 532.
— Voy. Réforme administrative.
Enseignement du droit. Rapport de M. de Salvandy sur la reconstitution de la commission des hautes études, I, 383. Observations sur ce rapport, 444.

Digitized by Google

— De l'étude et de l'enseignement du droit en France, III, 289; du système d'enseignement suivi en France et de ses défauts, 297 ; de la liberté d'études en Allemagne, 299; des examens, 318 ; de la liberté du professorat, 331 ; nécessité d'une réforme en France et moyens de l'opérer, 341 ; du traitement des professeurs, 355 ; résumé, 360 ; dernières réflexions, 362.
— De l'étude et de l'enseignement de l'histoire du droit en France, II, 155; différentes phases de l'étude du droit en France depuis les glossateurs, 157 ; depuis le Code civil, 172; importance de l'étude historique du droit, 181.
État. Voy. Éducation. Église. Travail.
Facultés administratives. Voy. Réforme administrative.
Facultés de droit. Concours à Dijon ; discours de M. Giraud, I, 388 ; résultats de ce concours, 572. Concours à Strasbourg ; discours de M. Giraud, II, 510. Distribution des prix à Paris ; rapport de M. Roustain, III, 287. Concours à Aix, 429.
Famille. De son organisation à Athènes, III, 129. Principe général des lois sur l'organisation de la famille, 130; chap. I, du mariage, 133 ; § 1, des formalités du mariage, 135 ; § 2, des empêchements au mariage, § 3, des obligations au mariage, 142 ; § 4, des devoirs des époux, 148 ; § 5, de la dot, 151 ; § 6, du divorce, 157 ; § 7, du concubinat, 159 ; chap. II, de l'adoption, 159 ; § 1, conditions de l'adoption, 160 ; § 2, ses formes, 162 ; § 3, ses effets, 163 ; chap. III, des preuves de la filiation, 166 ; chap. IV, de la puissance paternelle, 171 ; § 1, pouvoirs du père sur la personne de l'enfant, 172 ; § 2, de l'éducation, 174 ; § 3, pouvoir du père sur les biens de l'enfant, 176 ; § 4, des droits du père à l'effet de disposer de ses biens par testament, 177; chap. V, de la majorité, 433 ; chap. VI, de l'interdiction, 434 ; chap. VII, de la tutelle des mineurs, 435 ; § 1, désignation du tuteur, 436 ; § 2, administration du tuteur, 439 ; § 3, de la fin de la tutelle, 442; chap. VIII, de la tutelle des femmes, 444 ; § 1, quelles personnes exerçaient la tutelle des femmes, 447 ; § 2, quels étaient les pouvoirs des tuteurs de la femme, 450; chap. IX, des relations de famille entre les collatéraux, 451; § 1, des successions collatérales, 452; § 2, des devoirs religieux et funèbres communs aux membres d'une même famille collatérale, 457; chap. X, des enfants naturels, 459; chap. XI, des affranchis, 463; chap. XII, des esclaves, 468.
Famille (de la). Etude philosophique et historique, III, 407.
Fonctions judiciaires. Rapport à la Cour de cassation sur l'aptitude à ces fonctions, II, 198.
Fragments oratoires et littéraires, par M. Berville. Compte-rendu, II, 544.
Grèce. De l'influence des causes géographiques sur ses lois civiles et sur son organisation politique, II, 67.
Histoire des peuples du Nord, par M. Wheaton, I, 142.
Histoire du droit civil de Rome et du droit français, par M. Laferrière. III, 423.
Histoire des Etats généraux, par M. Rathery, II. 261.
Hypothèques. Voy. Jurisprudence civile. Réforme hypothécaire.
Impôts. Analyse d'un Mémoire de M. Giraud sur cette matière. Discussion à l'Académie des sciences morales, I, 358.
Inde. Voy. Justice.
Ingratitude. Voy. Jurisprudence civile.
Instruction criminelle. Rapport à l'Académie des sciences morales sur l'ouvrage de M. Faustin Helie, I, 111.
—Des irrigations d'après la loi du 16 septembre 1807, par M. A. de P. Compte-rendu, III, 543.
Irminon. Voy. Polyptique.
Irrigations. Examen de la proposition de M. d'Angeville ; son adoption, I, 318, 568.
— De la loi du 29 avril 1845 dans ses rapports avec la législation actuelle sur les cours d'eau, III, 5 ; origine et légitimité de la servitude légale d'aqueduc, 9 ; exposé de la loi nouvelle sur les irrigations, 14 ; des divers cas d'application de cette loi, 19.

Digitized by Google

Introduction générale à l'étude du droit, par M. Eschbach, III, 545.
Jeu. Voy. Jurisprudence civile.
Juifs. Introduction historique à l'étude du droit français. Les Juifs, par M. Hennequin. Compte-rendu, I, 306.
Juridiction administrative. Voy. Compétence.
Jurisprudence administrative. Des usines établies sur les cours d'eau, I, 400; des propriétés limitrophes des grandes routes, 407.
Jurisprudence en matière civile. Une donation déguisée est-elle toujours présumée faite par préciput et hors part? Examen de la question, I, 284.
— Les dispositions de l'art. 2194 C. civ. sont-elles applicables à l'adjudicataire sur expropriation forcée? Discussion, I, 299.
— Du concours des hypothèques générales avec les spéciales, I, 522.
— Le commissionnaire qui a servi sciemment d'intermédiaire à des ventes et à des achats fictifs constituant un jeu ou un pari sur la hausse ou la baisse, ne peut répéter le remboursement des sommes par lui payées, I, 535.
— L'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée perd-il, par l'effet de cette condamnation, les avantages que son conjoint lui avait faits dans le contrat de mariage? Examen d'un arrêt de la Cour de cassation, III, 90.
— Le mariage contracté par un interdit ne peut être attaqué par des collatéraux, III, 239; est-il nul? discussion d'un arrêt de la Cour de cassation, 241.
Jurisprudence en matière criminelle. Le délit de banqueroute simple admet-il des complices? réponse négative, I, 76; la partie civile peut-elle être entendue comme témoin? 79. Les témoins du duel cessent-ils de devoir être considérés comme complices, parce qu'ils ont tenté de concilier les combattants? 90.
— De l'interprétation donnée par la Cour de cassation à l'art. 380 du Code pénal, II, 90.
— Des conditions d'admission des parties civiles dans les procès criminels; examen d'un arrêt de la Cour d'assises de Paris, II, 403.
Jury. Sa nécessité théorique, III, 223; comment il pourrait être composé, 226.
Justice. Administration de la justice dans l'Inde, I, 161. Code Menou, 168. Changements postérieurs au Code Menou, 184.
—Voy. Statistique.
Justice criminelle. De son administration depuis la réforme de la législation, par M. de Lacuisine. Compte-rendu, II, 267.
Justices de paix. Projet de loi à leur sujet, II, 126.
Lettre de M. Ledru-Rollin, I, 149. Réponse de M. Laboulaye, 155.
Libertés de l'Eglise gallicane. Leur orthodoxie, II, 341; leur histoire, 370; III, 57.
Littérature juridique. Comment la nôtre est appréciée en Allemagne, I, 277.
Mandat. Voy. Jurisprudence civile.
Mariage. Voy. Jurisprudence civile.
Mariages mixtes. Mandement de l'archevêque de Fribourg, III, 127.
Mer. Voy. Règles.
Meubles. Voy. Origines germaniques.
Minorité et tutelle (*Traité de la*), par M. de Fréminville. Compte-rendu, II, 425.
Mohl. Sa démission, manifestations à ce sujet, III, 549.
Niccola Niccolini. Etude sur sa vie et sur ses ouvrages, I, 321.
Origines germaniques de l'art. 2279 du Code civil. Comment elles peuvent servir à son interprétation, I, 371. Application de cette interprétation aux moyens d'acquérir la propriété, II, 81.
Partie civile. Voy. Jurisprudence criminelle.
Peines. Voy. Droit de punir.
Pensions. Loi du 29 mars 1844 sur les pensions des fonctionnaires en Prusse, II, 556.
Polyptique de l'abbé Irminon, publié par M. Guérard. Examen critique, I, 47.
Pothier. Ses œuvres annotées et mises en corrélation avec le Code, par M. Bugnet. Compte-rendu, I, 563.

Digitized by Google

Pouvoir judiciaire (*du*) dans la direction des affaires criminelles, par M. de Lacuisine. Compte-rendu, II, 267.
Pouvoir paternel. Voy. Famille.
Pouvoir spirituel. De ses rapports avec l'Etat, par M. Filon. Compte-rendu, I, 434.
Prisons. Voy. Réforme pénitentiaire.
Procédure civile et commerciale (*Dictionnaire de*), par M. Bioche. Compte-rendu, I, 399.
— Exposition raisonnée des lois de la compétence et de la procédure en matière civile, par M. Rodière. Compte-rendu, II, 255.
Propriété. Des fondements de ce droit et de son inviolabilité, II, 5.
Prud'hommes. Leur création à Paris, I, 145, 571; III, 126.
Publicité des débats judiciaires en Saxe, III, 551.
Référés (des ordonnances sur...), par M. Debelleyme. Compte-rendu, I, 309.
Réforme administrative. Des conditions d'admission et d'avancement dans les fonctions administratives; de la création des facultés administratives, nécessité de cette création, I, 202. Rapport de M. Dufaure, 220. Discussion à la Chambre des députés, 374.
Réforme hypothécaire. Examen critique des documents relatifs au régime hypothécaire; de la constitution de la propriété vis-à-vis des tiers, I, 24.
— Loi sur les livres fonciers et hypothécaires en Saxe, I, 147.
— Conservation des hypothèques d'après la nouvelle législation hollandaise. I, 188.
— Commission nommée pour s'occuper d'examiner et de préparer les modifications à faire au régime hypothécaire, II, 431. Subdivision de cette commission, III, 286.
Réforme pénitentiaire. Rapport de M. Renouard à la Cour de cassation sur la réforme des prisons, I, 255.
— De la réforme des prisons et d'un système en harmonie avec nos lois, par M. V. Lefran. Compte-rendu, II, 269.
— De la réforme du Code pénal actuel, par M. Solimène, III, 113.
Réforme postale Examen de la proposition de M. de Saint-Priest, I, 315.
Régime municipal dans les Gaules. Analyse d'un Mémoire de M. Giraud sur cette matière, I, 353.
Règles internationales de la mer, par M. Ortolan. Rapport de M. Dupin à l'Académie des sciences morales, I, 129; III, 502.
Revue des recueils étrangers consacrés à la science du droit. I, 93, 277, 371; II, 81, 365, 532; III, 221.
—Voy. Allemagne. Droit. Droit administratif. Droit de punir. Enseignement administratif. Littérature juridique. Origines germaniques.
Romanistes. Voy. Allemagne.
Routes. Voy. Jurisprudence administrative.
Salaire. Voy. Travail.
Schilter. Notice historique, II, 516.
Sociétés anonymes. Loi en Prusse sur la matière, II, 159.
Soustractions entre parents. Voy. Jurisprudence criminelle.
Statistique de la justice criminelle pour 1843, I, 545.
— de la justice civile et commerciale pour 1843, II, 220.
— de la justice criminelle du Wurtemberg, III, 552.
Système protecteur. Observations de M. Blanqui sur ses vices, I, 559.
Table amalfitaine. Observations et texte du document publié à Naples sous ce titre, II, 359.
Témoins. Voy. Jurisprudence criminelle.
Testament de Dasumius. Restitution de ce document, II, 273.
Travail. De sa constitution dans la société moderne, II, 550.
— De l'organisation du travail et de l'intervention de l'Etat dans les rapports industriels, III, 264.
Tubingue. Inauguration de la nouvelle université, III, 430.
Tutelle. Voy. Minorité.
Usines. Voy. Jurisprudence administrative.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google